

*Die Haftung des Gesellschafters
einer Offenen Handelsgesellschaft
im französischen Recht,
mit Vergleich mit dem deutschen Recht*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Diplom-Volkswirt
Jürgen Köster
aus Bremerhaven*

*Die Haftung des Gesellschafters
einer Offenen Handelsgesellschaft
im französischen Recht,
mit Vergleich mit dem deutschen Recht*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*



*vorgelegt von
Diplom-Volkswirt
Jürgen Köster
aus Bremerhaven*

Dekan: Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck
Referent: Prof. Dr. Ernst von Caemmerer

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
<u>Erster Teil</u>	
Die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung	2
A. Die Vorschrift des Art.22 C.com.	2
I. Inhalt des Art.22 C.com.	2
1. Die sich aus dem Wortlaut des Art.22 C.com. ergebenden Fragen	2
2. Der von der Vorschrift des Art.22 C.com. erfaßte Personenkreis	2
3. Art der Gesellschafterhaftung	3
II. Solidarité légale	4
1. Vorbemerkungen	4
2. Die Hauptwirkung der solidarité légale	6
3. Die Sekundärwirkungen der solidarité légale	7
B. Die verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung in Lehre und Rechtsprechung	8
I. Grundsatz: Die Haftung ist persönlich, solidarisch und unbeschränkt	8
1. Vorbemerkungen	8
2. Persönliche und unbeschränkte Haftung	9
II. Die verschiedenen Theorien	9
1. Vorbemerkungen	9
2. Erste Theorie: Die Gesellschafter als einfache Bürgen der Gesellschaft	10
3. Zweite Theorie: Gesellschafter und Gesellschaft als Gesamtschuldner	13
4. Dritte Theorie: Die Gesellschafter als gesamtschuldnerische Bürgen der Gesellschaft	15
III. Die von der Rechtsprechung hinsichtlich der Verfolgung der Gesellschafter entwickelten Modalitäten	17
1. Vorbemerkungen	17
2. Schuldanerkenntnis und Verurteilung der Gesellschaft	18

II

3. Inverzugsetzen der Gesellschaft	19
4. Einbeziehung der Gesellschaft in das Verfahren gegen die Gesellschafter	20
IV. Ergebnis	21
1. Die jetzt herrschende Rechtsprechung	21
2. Theoretische Rechtfertigung dieser Rechtsprechung	23
C. Vergleich mit dem deutschen Recht	26
I. Die Vorschrift des § 128 HGB	26
1. Sinn und Zweck des § 128 HGB	26
2. Der Begriff der Gesellschaftsverbindlichkeiten	27
3. Das Wesen der Gesellschafterhaftung	28
II. Die Gestaltung der persönlichen Haftung der Gesellschafter	30
1. Merkmale der Gesellschafterhaftung	30
2. Inhalt der Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters - Haftung für Nichtgeldverbindlichkeiten	31
III. Zusammenfassung	37

Zweiter Teil

Voraussetzungen für das Entstehen einer Gesellschaftsschuld	39
A. Vertretung und Geschäftsführung	39
I. Ausübung von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis	39
1. Vorbemerkungen	39
2. Die Geschäftsführung	39
3. Tragweite der vom Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten	41
II. Gebrauch der Firma	43
1. Vertretung der Gesellschaft durch den Geschäftsführer oder einen Gesellschafter	43
2. Gebrauch der Firma begründet im Prinzip eine Haftung der Gesellschaft	46

III

	Seite
B. Die verschiedenen Möglichkeiten einer Haftungsbegründung	47
I. Mißbrauch der Firma und Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis	47
1. Mißbrauch der Firma	47
2. Sicherung gegen Mißbrauch der Firma durch Haftungsausschließungsklauseln	50
3. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis	56
II. Übernahme von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters durch die Gesellschaft	59
1. Haftung bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft	59
2. Haftung nach Zahlungseinstellung	60
C. Vergleich mit dem deutschen Recht	61
I. Die Regelung von Geschäftsführung und Vertretung nach deutschem Recht	61
1. Vorbemerkungen	61
2. Die Geschäftsführung	63
3. Die Vertretung der Gesellschaft	65
4. Übernahme von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters durch die Gesellschaft	70
II. Zusammenfassung	71
 <u>D r i t t e r T e i l</u>	
Wirkungen der Haftung im einzelnen	75
A. Einzelfragen	75
1. Abschnitt: Französisches Recht	75
I. Wirkungen der Haftung im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft	75
1. Wirkungen von gegen die Gesellschaft ergangenen Urteilen	75
2. Regreßmöglichkeiten eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft	77
II. Wirkungen der Haftung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander	77
1. Vorbemerkungen	77
2. Regreßanspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter	78

2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht	79
I. Wirkungen der Haftung im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft	79
Wirkung von gegen die Gesellschaft ergangenen Urteilen	79
Regreßmöglichkeit eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft	80
II. Wirkungen der Haftung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander	81
Die Rechtsfolgen der gesamtschuldnerischen Haftung	81
Regreßanspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter	82
Haftung bei Ausscheiden und Eintritt von Gesellschaftern	84
I. Haftung eines aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters	84
1.Abschnitt: Französisches Recht	84
Haftung für die zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten	84
Haftung für die nach dem Ausscheiden entstehenden Verbindlichkeiten	87
Haftung für Kontokorrentverbindlichkeiten	88
2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht	91
Haftung für die zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten	91
Haftung für die nach dem Ausscheiden entstehenden Verbindlichkeiten	94
II. Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters für die bei seinem Eintritt bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten	95
1.Abschnitt: Französisches Recht	95
Vorbemerkungen	95
Die verschiedenen Lehrmeinungen	95
Rechtsprechung	97

	Seite
2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht	99
C. Haftung bei Konkurs und Vergleich	101
1.Abschnitt: Französisches Recht	101
I. Auswirkungen von Konkurs und règlement judiciaire der Gesellschaft auf die Gesellschafter	101
1. Das neue Konkursrecht von 1955	101
2. Auswirkungen des Gesellschaftskonkurses auf die Gesellschafter	102
3. Die normale Stellung der Gesellschaftsgläubiger in den Verfahren gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter	105
II. Beendigung von Konkurs und règlement judiciaire und die Haftung der Gesellschafter	106
1. Beendigung des Konkurses	106
2. Beendigung des règlement judiciaire	108
2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht	112
1. Vorbemerkungen	112
2. Haftung im Konkurs der Gesellschaft und nach Beendigung des Verfahrens	113
3. Zusammentreffen von Gesellschaftskonkurs und Gesellschafterkonkurs	117
4. Haftung bei Zwangsvergleich	118
D. Haftung bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	122
1.Abschnitt: Französisches Recht	122
I. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	122
1. Haftung bei Auflösung der Gesellschaft	122
2. Haftung während der Liquidation	122
3. Haftung der Erben eines Gesellschafters	125
II. Verjährung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter	127
1. Beendigung der Liquidation	127
2. Die Verjährungsfrist von 5 Jahren	130

VI

3. Die der kurzen Verjährung unterworfenen Ansprüche	133
4. Ausgangspunkt und Unterbrechung der kurzen Verjährung	135
5. Haftung des zum Liquidator bestellten Gesellschafters	137
6. Die Verjährung nach gemeinem Recht	139
2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht	141
1. Haftung bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	141
2. Haftung der Erben eines Gesellschafters	144
3. Die Verjährung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter	146

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

(mit Zitierweise)

A. Kommentare, Lehrbücher, Sammelwerke

- Arthuys Traité des sociétés commerciales
3.Aufl., Bd.I-II, Paris 1916-1917
(zit.: Arthuys I, II)
- Aubry et Rau Cours de droit civil français,
6.Aufl.
Bd.III: Servitudes, Hypothèques
bearb.v. Bartin, Paris 1938
Bd. IV: Obligations,
bearb.v. Bartin, Paris o.J.
Bd. VI: Petits contrats, Responsabi-
lité
bearb.v. Esmein, Paris 1951
- Batardon Traité pratique des sociétés commer-
ciales, 10.Aufl., Paris 1950
- Baudry-Lacantinerie Traité théorique et pratique de droit
et Wahl civil, 3.Aufl.
Bd. 24: Des contrats aléatoires, du
mandat, du cautionnement, de
la transaction
Paris 1907
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
ohne Seerecht
14.Aufl., München u. Berlin 1961
- Beudant et Lerebours- Cours de droit civil français, 2.Aufl.
Pigeonnière Bd.VIII: Les contrats et les obliga-
tions
bearb.v. Lagarde, Paris 1936
Bd.XIII: Les suretés personnelles et
réelles
bearb.v. Voirin, Paris 1948
(zit.: Beudant VIII, XIII)
- Bravard-Veyrières Traité de droit commercial, 2.Aufl.
bearb.v. Demangeat, Bd.I, Paris 1890
- Chambaz et Leblond Précis des sociétés, Paris 1937
- Dalloz Encyclopédie juridique
Répertoire de droit commercial et des
sociétés
Bd. II, Paris 1957
Bd.III, (Sociétés), Paris 1958
(zit.: Dalloz Rép. II, III)

VIII

- Dalloz Répertoire méthodique et alphabétique
de législation, de doctrine et de
jurisprudence. Nouvelle Edition
Ed.40, Paris 1859
(zit.: Dalloz Jurisprudence générale)
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch
Kommentar von Düringer u. Hachenburg
3.Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig
1932
Bd.II,2 : §§ 105 ff., erläutert von
Flechtheim
(zit.: Flechtheim)
Bd. IV : Allg. Einleitung zum 3.Buch
und §§ 343-372
 erläutert v. Breit, Hoeniger,
 Wernert
(zit.: Düringer-Hachenburg Breit IV)
- Escarra, J. Cours de droit commercial
Nouvelle Edition, Paris 1952
- Escarra, J.,
Escarra, E. et Rault Traité théorique et pratique de droit
commercial - Les sociétés commerciales
Bd.I, Paris 1950
(zit.: Escarra-Rault)
- Gain et Delaisi Guide formulaire des sociétés commer-
ciales, 7.Aufl., Paris 1947
- Hamel Banques et opérations de banque
Bd.I, Paris 1933
- Hamel et Lagarde Traité de droit commercial
Bd.I, Paris 1954
(zit.: Hamel-Lagarde)
- Houpin et Bosvieux Traité général théorique et pratique
des sociétés civiles et commerciales
et des associations, 7.Aufl.
Bd.I u.III, Paris 1935
(zit.: Houpin-Bosvieux I, III)
- Jaeger Kommentar zur Konkursordnung
Bd. I, 8.Aufl., bearb.v.Lent, Berlin
1958
Bd.II, 6./7.Aufl., Berlin, Leipzig
1936
(zit.: Jaeger KO I, KO II)
- Julliot de la
Morandière Précis de droit civil
Bd. II, Paris 1957
- derselbe Précis de droit commercial
Bd.I, 2.Aufl., Paris 1960

- Lacour et Bouteron Précis de droit commercial, 3.Aufl.
Bd.I u.II, Paris 1925
(zit.: Lacour-Bouteron I, II)
- Lehmann Gesellschaftsrecht, 2.Aufl.
Berlin u. Frankfurt a.M. 1959
- Lyon-Caen et Renault Traité de droit commercial
5.Aufl., bearb.v. Amiaud
Bd.II,1: Des sociétés, Paris 1926
Bd.VII: Des faillites, banqueroutes
et des liquidations judiciai-
res I, Paris 1934
Bd.VIII: dito II, Paris 1936
(zit.: Lyon-Caen-Renault II,1,VII,VIII)
- Mazeaud, H.,
Mazeaud, L. et Tunc Traité théorique et pratique de la
responsabilité civile délictuelle et
contractuelle, 5.Auflage
Bd. I-II, Paris 1957-1958
- Mentzel-Kuhn Kommentar zur Konkursordnung, 6.Aufl.
Berlin u. Frankfurt a.M. 1955
(zit.: Mentzel-Kuhn KO)
- Michel Juris-Classeur des sociétés, Traité
théorique et pratique, Bd.IV,
Paris o.J.
(zit.: Juris-Classeur des sociétés IV)
- Moliérac Manuel des sociétés
Bd.I, Paris 1956
- Müller-Erzbach Deutsches Handelsrecht
2./3.Aufl., Tübingen 1928
- Percerou et Dessert-
teaux Des faillites et banqueroutes et des
liquidations judiciaires, 2.Aufl.
Bd.I-II-III, Paris 1935-1937-1938
(zit.: Percerou-Desserteaux I,II,III)
- Pic et Kréher Des sociétés commerciales, 3.Aufl.
Bd.I, Paris 1940
(zit.: Pic-Kréher)
- Planiol et Ripert Traité pratique de droit civil fran-
çais, 2.Aufl.
Bd.VII: Obligations II
bearb.v. Esmein, Radouant,
Gabolde, Paris 1954
Bd. XI: Contrats civils II
bearb.v. Rouast, Lepargneur,
Savatier, Besson, Paris 1954

- Bd.XII: Suretés réelles I
bearb.v. Becqué, Paris 1953
(zit.: Planiol-Ripert VII, XI, XII)
- Ripert Traité élémentaire de droit commercial, 4.Aufl., bearb.v. Durand u. Roblot, Bd.I, Paris 1959
- Rodolphe-Rousseau Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères, 5.Aufl., Bd.I, Paris 1921
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch
herausgeg.von Schlegelberger, 3.Aufl.
Bd.II : §§ 105 ff., bearb.v.Geßler u.a.
Berlin u. Frankfurt a.M. 1955
(zit.: Schlegelberger-Geßler)
Bd.III: bearb.v.Hefermehl u. Hildebrandt
Berlin u. Frankfurt a.M. 1956
(zit.: Schlegelberger-Hefermehl III)
- Staub's Kommentar zum HGB, 14.Aufl.
Bd.I : §§ 105 ff., bearb.v. Pinner
Berlin u. Leipzig 1932
(zit.: Staub-Pinner)
- Thaller et Percerou Traité élémentaire de droit commercial, 8.Aufl., Bd.I, Paris 1931
(zit.: Thaller-Percerou)
- Wahl Précis théorique et pratique de droit commercial, Paris 1922
- Weipert Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2.Aufl., Berlin 1950
Bd.II: §§ 105 ff., bearb.v. Weipert
(zit.: Weipert)
- Wieland Handelsrecht
Bd.I : Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften
München u. Leipzig 1921
- Würdinger Gesellschaften
Bd.I : Personalgesellschaften
Hamburg 1937
- Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven, Berlin 1857
- Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Protokoll I - XLV, Nürnberg 1857

Würdinger

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
für das Zivil- und Handelsrecht des
In- und Auslandes,
herausgegeben von Schlegelberger
Bd.IV, Berlin 1933; Bd.V, Berlin 1936

B. Monographien

Fischer

Die Haftung des Gesellschafters für
Schulden der offenen Handelsgesell-
schaft
Diss. Jena 1936

Hill

Die Vertretungsmacht des offenen
Handelsgesellschafters
Diss. Heidelberg 1911

Hueck

Das Recht der offenen Handelsgesell-
schaft, 2.Aufl., Berlin 1951
(zit.: Hueck)

Jaeger

Der Konkurs der offenen Handels-
gesellschaft
Freiburg i.Br. u. Leipzig 1897
(zit.: Jaeger, Konkurs der OHG)

Rodière

De la solidarité et de l'indivisi-
bilité en matière civile, en matière
de procédure et en matière criminelle
Paris 1852

Zeuner

Die Haftung der Gesellschafter für
die Unterlassungspflichten der OHG
Diss. Jena 1936

C. Aufsätze und Artikel in Sammelwerken

Amiot

De la responsabilité à raison du pas-
sif social déjà formé du nouvel as-
socié qui entre dans une société en
cours d'entreprise
in: Annales dr.com. 1900, S.281 ff.

Bastian

La survie de la personnalité morale
des sociétés pour les besoins de leur
liquidation
in: JS 1937, S.1 ff., S.65 ff.

derselbe

L'indivisibilité du compte courant
d'après la jurisprudence actuelle
in: JCP 1940.I.178

- Derrida De la solidarité commerciale
in: Rev.trim.dr.com. 1953, S.329 ff.
- Garcin Réflexions sur la réforme de la
faillite
in: GP 1955.1.Doctrine S.74 f.
- derselbe Nouvelles réflexions sur la réforme
de la faillite
in: GP 1955.2.Doctrine S.23 ff.
- Houin La réforme de la faillite et de la
liquidation judiciaire
in: Rev.trim.dr.com. 1955, S.481 ff.
- derselbe La réforme de la faillite
in: D 1956, Chronique S.7 ff.
- Jacobi Zur Haftung des aus der OHG ausge-
schiedenen Gesellschafters
in: ZBH, 6.Jg. 1931, S.237 ff.
- Kipp Zur Lehre von der Vertretung ohne
Vertretungsmacht
in: RG-Festschrift Bd.II, S.273 ff.
Berlin u. Leipzig 1929
- Lacour De la permanence du patrimoine social
et du droit de gage des créanciers
sociaux après la dissolution de la
société, non suivie de liquidation
in: JS 1915, S.5 ff.
- Pascaud De la responsabilité des gérants qui
se succèdent dans l'administration
des sociétés en commandite simple
in: RS 1899, S.164 ff. u. S.260 ff.
- Percerou Des abus de la raison sociale
in: Annales dr.com. 1898, S.118 ff.
- Plaisant et La réforme de la faillite et de la
Castellan liquidation judiciaire (Commentaire
du décret du 20 mai 1955)
in: JCP 1955.I.1263
- Ripert La clause de continuation de la so-
ciété en nom collectif avec les héri-
tiers de l'associé décédé
in: Rev.gén.dr.com. 1938, S.7 ff.
- Rohlfing Hypothek
in: Rvgl.Hdw. Bd.IV, S.267 ff.
- Rospatt Zur Haftung der Gesellschafter für
Verbindlichkeiten der OHG und ihrem
Verhältnis zur Haftung der Gesell-
schaft, in: ZBH, 7.Jg.1932,S.241 ff.

XIII

- | | |
|---------|--|
| Stoll | Der Mißbrauch der Vertretungsmacht
in: Festschrift für Heinrich Lehmann
S.115 ff., Berlin 1937 |
| Ulmer | Kontokorrent
in: Rvgl.Hdwb. Bd.V, S.194 ff. |
| Vincent | L'extension en jurisprudence de la
notion de solidarité passive
in: Rev.trim.dr.civ. 1939, S.601 ff. |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Anm.	= Anmerkung
Annales dr.com.	= Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
C.A.	= Cour d'appel
C.civ.	= Code civil
C.com.	= Code de commerce
Civ.	= Chambre civile de la Cour de cassation
C.proc.civ.	= Code de procédure civile
D	= Recueil Dalloz
DH	= Recueil Dalloz Hebdomadaire
Diss.	= Dissertation
Ger.	= Gesellschafter
Ges.	= Gesellschaft
Gf.	= Geschäftsführer
GP	= Gazette du Palais
HGB	= Handelsgesetzbuch
JCP	= Jurisclasseurs Périodiques (La Semaine Juridique)
JR	= Juristische Rundschau
JS	= Journal des Sociétés civiles et commerciales
J.Trib.com.	= Journal des Tribunaux de Commerce
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kommanditgesellschaft
KO	= Konkursordnung
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht
Rec. du Havre	= Recueil de Jurisprudence commerciale et maritime du Havre

Rev.algér.	=	Revue algérienne, tunesienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence
Rev.gén.dr.com.	=	Revue générale de droit commercial
Rev.trim.dr.civ.	=	Revue trimestrielle de droit civil
Rev.trim.dr.com.	=	Revue trimestrielle de droit commercial
Req.	=	Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
RG	=	Reichsgericht
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	=	Reichsoberhandelsgericht und dessen Entscheidungen
Rvgl. Hdwb.	=	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
S	=	Recueil Sirey
Somm.	=	Sommaire
Trib.civ.	=	Tribunal civil
Trib.com.	=	Tribunal de commerce
ZBH	=	Zentralblatt für Handelsrecht

E i n l e i t u n g

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft (*société en nom collectif*) ist in Frankreich nur in wenigen Artikeln des Code de commerce geregelt (Art. 18 ff. C.com.).

Die Beantwortung all der vielen Rechtsfragen, die sich wegen der knappen gesetzlichen Regelung schon bald nach der Einführung des Code de commerce ergaben, blieb der Lehre und der Rechtsprechung überlassen. Diese hatten die Aufgabe, allmählich ein System zu entwickeln, das dem Wesen der OHG und den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens gerecht wurde. Viele grundsätzliche Fragen, die im deutschen OHG-Recht gesetzlich geregelt sind, fanden im französischen Recht im Laufe des 19. Jahrhunderts ihre Beantwortung durch die Rechtsprechung des Kassationshofes. Daher stammt auch der größte Teil der in der vorliegenden Arbeit ausgewerteten Entscheidungen aus dem 19. Jahrhundert und aus den ersten beiden Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts.

Bei den Lösungen, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurden, ist bemerkenswert, daß der Vertragsfreiheit ein großer Spielraum, auch mit Wirkung Dritten gegenüber, belassen blieb. Das ist damit zu erklären, daß im 19. Jahrhundert die Handelsgesellschaften vorwiegend unter vertraglichen Aspekten behandelt wurden. In der neueren französischen Rechtsprechung ist aber, wie gezeigt werden wird, die Tendenz erkennbar, die auf dieser teilweise überholten Anschauungsweise aufgebauten Lösungen durch sachgerechtere und den praktischen Bedürfnissen besser entsprechende Urteile zu ersetzen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die OHG nach französischem Recht als juristische Person gilt¹⁾, so daß in Frankreich die Vermögensautonomie der OHG und die Haftung des Gesellschaftsvermögens für die Gesellschaftsschulden weitgehend hieraus erklärt werden. Im deutschen Recht

1) vgl. dazu im einzelnen Escarra-Rault Nr. 38 ff., bes. Nr. 53; Hamel-Lagarde Nr. 414 ff., bes. Nr. 416; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 105 ff.

wird die OHG dagegen von der überwiegenden Meinung als Gesamthandsgemeinschaft angesehen. Bei der vergleichenden Darstellung der Gesellschafterhaftung lassen sich eine Reihe verschiedener Ergebnisse in beiden Rechten nur durch diese unterschiedlichen Anschauungen über die Rechtsnatur der OHG erklären.

Erster Teil

Die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung

A. Die Vorschrift des Art.22 C.com.

I. Inhalt des Art.22 C.com.

1. Die sich aus dem Wortlaut des Art.22 C.com. ergebenden Fragen

Der Art.22 C.com., der die gesetzliche Grundlage für die Gesellschafterhaftung bildet, hat folgenden Wortlaut:

Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

Dieser Artikel wirft einige wesentliche Fragen hinsichtlich der Gesellschafterhaftung auf:

- a) Haften nur die im Gesellschaftsvertrag aufgeführten Personen?
- b) Welcher Art ist die Haftung der Gesellschafter?
- c) Welche Stellung haben die Gesellschafter hinsichtlich ihrer gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber der Gesellschaft?

2. Der von der Vorschrift des Art.22 C.com. erfaßte Personenkreis

Aus dem Wortlaut des Art.22 C.com. könnte geschlossen werden, daß lediglich die im Gesellschaftsvertrag aufgeführten Personen als Gesellschafter haftbar sind. Diese wörtliche Auslegung wird aber allgemein abgelehnt und der Personen-

kreis so weit gefaßt, daß auch alle aus irgendwelchen Gründen nicht firmierenden Gesellschafter, also alle faktischen und auch die Scheingesellschafter unter die Haftungs-vorschrift fallen¹⁾.

Der Art.22 C.com. erfährt eine weitere verschärfte Anwendung dadurch, daß jede Gesellschaft, die den Anschein erweckt, als handle es sich um eine OHG, auch als solche vor Gericht behandelt wird²⁾.

3. Art der Gesellschafterhaftung

Hier soll zunächst nur eine Vorfrage beantwortet werden.

Im Art.22 C.com. heißt es: "Les associés...sont solidaires.."

Es wird damit eine Solidarhaftung vorgeschrieben. Daher muß vorab geklärt werden, welche Form der solidarité vorliegt.

a) Es handelt sich um eine solidarité commerciale, d.h. um eine der im Geltungsbereich des Handelsrechts üblichen Haftungsformen³⁾. Im Gegensatz zum Zivilrecht, das nur eine Form der solidarité kennt, nämlich das Einstehenmüssen eines jeden von mehreren Schuldnern für die Gesamtschuld, wobei mit Ausnahme der im Gesetz vorgesehenen Fälle (Art.1202 C.civ.) eine Vermutung hinsichtlich einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht besteht, wurden im Bereich des Handelsrechts eine Reihe von Haftungsformen entwickelt, deren Wir-

1) vgl. Escarra-Rault Nr.245 Anm.1; Houpin-Bosvieux I Nr.270; Lacour-Bouteron I Nr.307.

2) vgl. Hamel-Lagarde Nr.438.

3) Req.12.7.1888, S 1889.1.309, D 1889.1.148 (Ger. einer nicht im Handelsregister eingetragenen Ges. verweigert bei persönlicher Inanspruchnahme als faktischer OHG-Ger. Zahlung mit dem Hinweis, daß überhaupt keine OHG best. he. Trotzdem persönliche Inanspruchnahme auf Grund eines gegen die faktische Ges. erstrittenen Titels möglich. Der Beweis, daß eine OHG bestanden hat, kann mit allen Mitteln erbracht werden) ebenso: C.A.Alger, 19.11.1895, Rev.algér. 1896, 488; Req.25.11.1913, D 1917.1.168 (Umwandlung einer OHG in eine KG, nur um einen Ger. vor der Inanspruchnahme durch die Ges.gläubiger zu schützen) Civ.21.11.1949, GP 1950.1.159 (Association en participation, die eine Firma führt, wird als faktische OHG behandelt)

3) vgl. Derrida, De la solidarité commerciale, in Rev.trim. dr.com. 1953, S.329 ff.

kungen im einzelnen teilweise nicht so streng sind wie die der zivilrechtlichen Haftung, dafür aber in vielen Fällen differenzierter und damit den Bedürfnissen der Praxis besser angepaßt. Während die zivilrechtliche solidarité vor allem durch den engen und begrenzten Anwendungsbereich einerseits, die ausgedehnten und weitgehenden Wirkungen andererseits gekennzeichnet ist, stellt sich die solidarité commerciale mit einem außerordentlich weiten Anwendungsreich und einer besonders starken Wirksamkeit dar¹⁾.

b) Bei der solidarité des Art.22 C.com. handelt es sich weiter um eine sogenannte solidarité légale, d.h. um eine durch Gesetz vorgeschriebene gesamtschuldnerische Haftung²⁾. An diese solidarité légale knüpfen sich nach französischem Recht Wirkungen primärer und sekundärer Art an, deren wichtigste die ist, daß die solidarité Dritten gegenüber nicht ausgeschlossen werden kann³⁾.

II. Solidarité légale

1. Vorbemerkungen

Die solidarité ist vom Gesetz her gesehen der Ausnahmefall. in Wirklichkeit aber stellt sie die Regel dar. "La solidarité entre débiteurs est, en effet, de toutes les suretés personnelles, celle qui représente la plus forte garantie de paiement et le plus puissant moyen de crédit."⁴⁾

- 1) "Ces traits répondent d'ailleurs au but que l'on veut atteindre; pour assurer la garantie du créancier, il faut obtenir son paiement intégral; toute la technique juridique doit être orientée en ce sens; elle l'est, puisque l'institution, dans son ensemble, vise à réaliser ce paiement, au mépris même des règles du droit civil." Derrida aaO. Nr.4 S.322 f.; vgl. auch Vincent, L'extension en jurisprudence de la notion de la solidarité passice, in Rev.trim.dr.civ. 1939, S.601 ff. (Nr.3)
- 2) "La solidarité est dite légale lorsqu'elle existe de plein droit 'en vertu d'une disposition légale' ou d'un arrêté ou d'un règlement pris en conformité d'une loi." Planiol-Ripert VII Nr.1067.
- 3) Einzelheiten der theoretischen Begründung besonders der sekundären Wirkungen der solidarité bei Planiol-Ripert VII Nr.1080 ff.; Beudant VIII Nr.818 ff.
- 4) Planiol-Ripert VII Nr.1064; vgl. auch Julliot de la Morandière, Précis de droit civil, Bd.II, Nr.925.

Der Gesetzgeber hat dem insofern Rechnung getragen, als er nach und nach immer mehr Fälle von gesetzlichen Gesamtschuldverhältnissen einführte¹⁾. Schließlich hat auch die Rechtsprechung durch immer häufigere Anwendung der solidarité diesen Weg eingeschlagen²⁾. Wesensmerkmal der solidarité ist, daß die Gesamtschuldner sich einer für den anderen verpflichten, "l'un pour l'autre, un seul pour le tout, chacun pour le tout."³⁾

Bei solidarisch haftenden Schuldnern wird angenommen, daß sie sich gegenseitig Vollmacht zur Vornahme aller im Zusammenhang mit der Gesamtschuld erforderlichen Handlungen erteilt haben. In diesem Rahmen gilt nach einer Formulierung des Kassationshofes jeder Schuldner als gesetzlicher und notwendiger Vertreter (représentant légal et nécessaire) seiner Mitschuldner⁴⁾.

Bei handelsrechtlichen Schuldverhältnissen wird im Gegensatz zu den zivilrechtlichen (Art.1202 C.civ.) eine solidarité stets vermutet. Um sie auszuschließen, bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung mit dem Gläubiger⁵⁾.

Während hinsichtlich der Hauptwirkung der solidarité légale vollständige Übereinstimmung in der Lehre besteht, werden hinsichtlich der verschiedenen Sekundärwirkungen vereinzelt abweichende Meinungen vertreten und mit den unterschiedli-

1) vgl. Planiol-Ripert VII Nr.1067 f., 1074.

2) Um der Ausdehnung des Begriffs der solidarité entgegenzutreten, versuchte die Rechtslehre im 19. Jahrhundert, eine begriffliche Abgrenzung der verschiedenen Fälle der solidarité zu geben, wobei zwischen einer solidarité normale et parfaite und einer solidarité imparfaite unterschieden wurde. Heute ist diese Unterscheidung weitgehend aufgegeben. Die Lehre spricht von einer solidarité, deren Wirkungen durch die gesetzlichen Bestimmungen abgegrenzt sind. In allen anderen Fällen, in denen die Gerichte noch von solidarité sprechen, wird in der Lehre der Begriff der obligation in solidum verwendet. Vgl. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Bd.IV, § 298 ter; Planiol-Ripert VII Nr.1064; Derrida aaO. Nr.10.

3) Planiol-Ripert VII Nr.1065.

4) vgl. Beudant VIII Nr.817; Julliot de la Morandière aaO. Nr.936 f.

5) vgl. Julliot de la Morandière aaO. Nr.928; Derrida aaO. Nr.10; Arthuys I Nr.210.

chen Anschauungen über die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung begründet¹⁾. Im allgemeinen beurteilt die Lehre aber heute die Sekundärwirkungen unabhängig von den noch darzustellenden Theorien über die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung und versucht vielmehr, hier zu einer Übereinstimmung mit dem für die Gesellschafterhaftung entwickelten System der Rechtsprechung zu gelangen.

2. Die Hauptwirkung der solidarité légale

Jeder Gesellschafter haftet als Gesamtschuldner persönlich mit seinem ganzen Vermögen auf das Ganze. Diese Haftung gehört zum Wesen der OHG und kann deshalb nicht wegbedungen werden²⁾. Sie ist, wie der Kassationshof es einmal formuliert, für die Gesellschafter einer OHG "inhérente à leur qualité d'associé"³⁾.

Eine Klausel des Gesellschaftsvertrages, die dahin zielt, die solidarische Haftung eines Gesellschafters auszuschließen, ist nichtig und kann Dritten nicht entgegengehalten werden. Ebenso sind Abmachungen zwischen den Gesellschaftern, die einen oder mehrere Gesellschafter von der Haftung befreien sollen, Dritten gegenüber unwirksam⁴⁾.

Da jedoch das Prinzip der Unabdingbarkeit der solidarischen Haftung der Gesellschafter einzig und allein dem Schutze der Gläubiger dient, ist eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschaft, die dem Gesellschafter Haftungsbe freiung oder Haftungsbeschränkung gewährt, wirksam, bleibt

1) vgl. Julliot de la Morandière, Précis de droit commercial, Bd.I, Nr.399.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.159; Hamel-Lagarde Nr.438; Escarra-Rault Nr.245; einige Einschränkungen bei Arthuys I Nr.210, bes. S.220.

3) Civ.8.4.1903, D 1903.1.208; S 1903.1.352.

4) vgl. C.A.Alger, 28.2.1891, Rev.algér.1891,286 (Trotz vertragl.Vereinbarung keine Haftungsbe freiung für den ausscheidenden Ger. gegenüber den Gläubigern, wenn die OHG aufgelöst wurde und alle Aktiva und Passiva auf den anderen Gesellschafter übergegangen sind); mit ähnlichem Sachverhalt: C.A.Bordeaux, 22.1.1906, JS 1906, 315; Civ. 16.3.1942, S.1942.1.105; Req.25.11.1913, D 1917.1.168 (s.o. S.3 Anm.2); Req.30.6.1902, D 1902.1.395 mit ähnlichem Sachverhalt.

aber auf die Vertragsparteien beschränkt¹⁾.

3. Die Sekundärwirkungen der solidarité légale

Die Sekundärwirkungen der solidarité légale werden, soweit sie für die Haftung der Gesellschafter und deren Verhältnis zu den Mitgesellschaftern und zur Gesellschaft von Belang sind, im einzelnen im 3. Teil dieser Arbeit behandelt. An dieser Stelle soll zunächst nur eine Übersicht gegeben werden, und zwar einmal im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, dann im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.

a) Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander²⁾

1. Wird ein Gesellschafter von einem Gläubiger in Verzug gesetzt, so wirkt das auch gegen die anderen Gesellschafter.

2. Gerichtliche Schritte gegen einen Gesellschafter bewirken eine Unterbrechung der Verjährung auch hinsichtlich seiner Mitgesellschafter (Art. 1206, 2249 C. civ.).

3. Legt ein Gesellschafter Berufung ein, so wirkt das auch zugunsten der übrigen Gesellschafter.

4. Ein rechtskräftiges Urteil gegen einen Gesellschafter besitzt Rechtskraftwirkung auch gegenüber dessen Mitgesellschaftern³⁾.

b) Im Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft⁴⁾

1. Wird die Gesellschaft von einem Gläubiger in Verzug gesetzt, so wirkt das auch gegen die Gesellschafter.

2. Gerichtliche Schritte gegen die Gesellschaft bewirken eine Unterbrechung der Verjährung auch gegenüber den Gesellschaftern.

1) vgl. Lacour-Bouteron I Nr. 307; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 159; Escarra-Rault Nr. 245 Anm. 2; Houpin-Boscieux I Nr. 270, S. 322 f.

2) Die Darstellung hält sich im wesentlichen an Escarra-Rault Nr. 247; vgl. aber auch Pic-Kréher Nr. 488; Houpin-Boscieux I Nr. 270, S. 322; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 279.

3) a. A. Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 283, ebenso, aber im Ergebnis wie oben, Pic-Kréher Nr. 493; Houpin-Boscieux I Nr. 270, S. 325 f., besonders S. 326 Anm. 1; Arthuys I Nr. 254.

4) vgl. Escarra-Rault Nr. 247; Pic-Kréher Nr. 488, 493; Houpin-Boscieux I Nr. 270, S. 323, 325; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 281 ter, 283.

3. Ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft kann auch gegen die Gesellschafter vollstreckt werden.

4. Da die Gesellschafter auch hinsichtlich ihrer persönlichen Interessen in einem gegen die Gesellschaft angestregten Prozeß durch den Geschäftsführer vertreten sind, können sie gegen das Urteil nicht mehr mit der tierce opposition vorgehen. Es steht ihnen aber das Recht zu, in einem solchen Verfahren zu intervenieren.

5. Befriedigt ein Gesellschafter einen Gesellschaftsgläubiger, so geht dessen Forderung gegen die Gesellschaft auf ihn über.

6. Gerät die Gesellschaft in Konkurs oder r glement judiciaire, so wird grundsätzlich auch über das Privatvermögen der Gesellschafter ein solches Verfahren eröffnet.

7. Die Gläubiger können ihre Forderung in voller Höhe jeweils im Konkurs der Gesellschaft und in den einzelnen Verfahren der Gesellschafter geltend machen.

8. Der Gesellschafter wird einem Gläubiger gegenüber, der ihn für eine Gesellschaftsschuld in Anspruch nehmen will, frei, wenn dieser die für die Schuld gestellte Sicherheit untergehen ließ und somit einen Eintritt des Gesellschafters in die Rechte des Gläubigers unmöglich macht¹⁾.

B. Die verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung in Lehre und Rechtsprechung

I. Grundsatz: Die Haftung ist persönlich, solidarisch und unbeschränkt

1. Vorbemerkungen

Die Haftung der Gesellschafter einer OHG für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist persönlich, solidarisch und unbeschränkt. Sie stellt eine der wesentlichen Eigenschaften der OHG dar und gilt als Regel des ordre public²⁾.

1) vgl. Pic-Kr her Nr.488; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.322; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281 ter; Arthuys I Nr.255.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.245.

Vor allem aber bildet sie die Grundlage für die Kreditwürdigkeit der OHG.

Die Grundzüge der Gesellschafterhaftung als gesamtschuldnerischer Haftung wurden schon bei der Behandlung der *solidarité légale* aufgezeigt. Im folgenden wird daher nur noch die persönliche und unbeschränkte Haftung behandelt.

2. Persönliche und unbeschränkte Haftung

Erst die persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter gibt dem Gläubiger ein gewisses Maß an Sicherheit hinsichtlich des Betrages, den er der Gesellschaft kreditiert. Die persönliche Haftung bedeutet, daß der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen eintreten muß, und zwar mit seinem gesamten Vermögen, dem gegenwärtigen und dem zukünftigen (unbeschränkte Haftung). "Tous sont obligés dans des conditions identiques: personnellement, c'est-à-dire indéfiniment, sur tous leurs biens présents et à venir, et pour l'intégralité du passif social, qu'elle qu'en soit l'importance."¹⁾

Diese Haftung ist jedoch lediglich im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gläubiger zwingend vorgeschrieben. Einer Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, im Innenverhältnis den einen oder anderen nur bis zur Höhe seiner Einlage oder eines bestimmten Betrages haften zu lassen, steht nichts im Wege²⁾.

Wegen der persönlichen und unbeschränkten Haftung gelten die Gesellschafter als Kaufleute im Sinne des Art.1 C.com.³⁾

II. Die verschiedenen Theorien

1. Vorbemerkungen

Es besteht in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich Einigkeit darüber, daß die Gesellschafter einer OHG für deren

1) Pic-Kréher Nr.483; vgl. auch Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.321; Lacour-Bouteron I Nr.308; Arthuys I Nr.216.

2) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.249; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.158.

3) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.276; Arthuys I Nr.209.

Verbindlichkeiten solidarisch haften. Nur über das Wie dieser Haftung ist man sich nicht einig. Es geht hier um die Frage nach der Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung. Der Art.22 C.com. ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig. Aus seinem Wortlaut geht nicht hervor, ob eine gesamtschuldnerische Haftung nur im Verhältnis der Gesellschafter zueinander oder auch im Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft besteht. Mit anderen Worten: Können sich die Gläubiger unterschiedslos an die Gesellschaft und an die Gesellschafter wenden, oder müssen sie bei der Verfolgung ihrer Ansprüche eine bestimmte Reihenfolge einhalten?

Das ist der Ausgangspunkt für die verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung, die von Lehre und Rechtsprechung besonders im 19.Jahrhundert entwickelt wurden.

2. Erste Theorie: Die Gesellschafter als einfache Bürgen der Gesellschaft

Nach einer älteren Auffassung haften die Gesellschafter nur untereinander, nicht aber auch im Verhältnis zur Gesellschaft solidarisch¹⁾. Zu diesem Ergebnis führe eine wörtliche Auslegung des Art.22 C.com. Die OHG als juristische Person sei Hauptschuldner. Zur Sicherung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger stünden die Gesellschafter der Gesellschaft als Bürgen zur Seite. Da bei den Verbindlichkeiten, die eine OHG im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit eingeht, normalerweise ein Verzicht der Gesellschafter auf die Einrede der Vorausklage nicht vorliege, ebensowenig eine ausdrückliche Erklärung der Gesellschafter, für die Gesellschaftsverbindlichkeiten solidarisch haften zu wollen, habe der Gesellschafter somit lediglich die Stellung eines einfachen Bürgen (caution simple), und als solchem stünde ihm die Einrede der Vorausklage zu. Das aber bedeute, daß die Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter erst dann persönlich in Anspruch nehmen könnten, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen,

1) vgl. die Darstellungen bei Escarra-Rault Nr.246; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.323; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281.

zumindest in den Teil, auf den hinzuweisen der Gesellschafter gem. Art.2023 Abs.2 C.civ. verpflichtet ist, erfolglos geblieben ist.

Nach einer anderen Auffassung, die ebenfalls von der oben erwähnten wörtlichen Auslegung des Art.22 C.com. ausgeht, kann ein Gesellschafter sogar erst dann persönlich in Anspruch genommen werden, wenn die Vollstreckung in das gesamte Vermögen der Gesellschaft beendet ist¹⁾. Da nach allgemeiner Ansicht die OHG in erster Linie hafte, sei die Haftung der Gesellschafter nur subsidiär. Sie hafteten nicht solidarisch mit der Gesellschaft, sondern nur untereinander, falls diese nicht zahle. Der Gesellschafter habe hier lediglich die Stellung eines *cofidéjusseur solidaire* (solidarischer Mitbürge).

Begründet wird diese Auffassung damit, daß die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unter deren Namen eingegangen werden. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter müsse unter dem Gesichtspunkt betrachtet werden, daß das Gesellschaftsvermögen in erster Linie für den Geschäftsbetrieb der OHG geschaffen worden sei, d.h. eben auch zur Bezahlung von deren Schulden. Wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch noch einer Haftung für die Gesellschaftsschulden zugestimmt hätten, so sei das nur eine subsidiäre Haftung. Die Gläubiger könnten sich über diesen Willen der Gesellschafter, nur subsidiär zu haften, nicht im unklaren sein, denn er sei ihnen dadurch erkennbar geworden, daß die Verbindlichkeiten im Namen der OHG eingegangen wurden.

Somit dürften die Gläubiger einen Gesellschafter erst nach Erschöpfung der Gesellschaftsmittel persönlich in Anspruch nehmen. Sie müßten warten, bis die Liquidation des Gesellschaftsvermögens beendet sei. Gegebenenfalls obliege ihnen die Beweislast dafür, daß der Liquidationserlös zu ihrer Befriedigung nicht ausreiche. Die Gesellschafter ihrerseits

1) vgl. Dalloz, *Jurisprudence générale*, Bd.40, sub verbo *Société* Nr.910, unter Berufung auf einige ältere Autoren: vgl. dazu auch die Ausführungen bei Arthuys I Nr.253, S.253 Anm.3 und Boistel, Anm. zu Req.14.5.1890, D 1891. 1.241 (242f.).

bräuchten die Einrede der Vorausklage gar nicht geltend zu machen, "...ils peuvent, de droit et sans aucun bénéfice, refuser de payer les créanciers tant que la preuve de l'insuffisance du fonds social n'est pas faite"¹⁾. Schließlich seien die Gesellschafter auch nicht gezwungen, die Gläubiger auf die der Zwangsvollstreckung unterworfenen Vermögenswerte der OHG hinzuweisen, wie es Art.2023 C.civ. vorschreibt. Alle Vermögenswerte, selbst die, deren Realisierung schwierig und zeitraubend ist, müßten erschöpft sein, bevor die Gläubiger gegen einen Gesellschafter persönlich vorgehen könnten. Ein persönlicher Titel gegen diesen sei dann allerdings nicht mehr erforderlich²⁾. Die Urteile, die von der hier dargestellten Auffassung ausgehen, äußern sich in keinem Fall *expressis verbis* zu der Frage, ob nun ein Bürgschaftsverhältnis vorliegt oder nicht. Sie heben vielmehr stets darauf ab, daß der Gläubiger sich in erster Linie an die OHG wenden muß. Ist dies nicht geschehen, dann dringt der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Gesellschafter nicht durch.

Das Tribunal de commerce Le Havre entschied in einem viel zitierten Urteil vom 7.12.1880³⁾, das jedoch in der nächsten Instanz aufgehoben wurde⁴⁾, folgendermaßen:

"Attendu...qu'il y a à distinguer entre une société et les associés qui composent cette société; que les actes d'une société sont censés exprimer les volontés de toutes les personnes qui la constituent, et que, dès lors, quelqu'en soit le nombre, il n'y a qu'une seule volonté exprimée; qu'il s'ensuit que la société forme un être moral ayant son individualité propre et tenu, sur son actif, des engagements contractés en son nom; que la loi ne dit pas que les associés sont solidaires avec elle, mais solidaires entre eux pour tous les engagements de la société, et que, par conséquent, ce n'est qu'après épuisement de l'avoir de la société que le créancier peut exercer son recours contre les associés personnellement..."

Ein Gesellschafter einer OHG war gleichzeitig Gläubiger der Gesellschaft und hatte seinen Mitgesellschafter, der nach dem Gesellschaftsvertrag die Hälfte der Verbindlichkeiten

1) Boistel aaO. S.243

2) Dalloz, Jurisprudence générale, aaO. Nr.910

3) Rec. du Havre 1881.1.21

4) C.A. Rouen, 28.11.1881, Rec. du Havre 1881.2.256

der OHG zu tragen hatte, nach Auflösung der Gesellschaft auf Zahlung verklagt. Der Beklagte wandte ein, daß er erst nach Beendigung der Liquidation in Anspruch genommen werden könne. Das Gericht entschied im Sinne des Beklagten, da der Kläger nicht beweisen konnte, daß das Vermögen der OHG erschöpft sei¹⁾.

3. Zweite Theorie: Gesellschaft und Gesellschafter als Gesamtschuldner

Hier wird von der Annahme ausgegangen, daß nicht nur zwischen den Gesellschaftern, sondern auch im Verhältnis von Gesellschaftern und Gesellschaft eine gesamtschuldnerische Haftung für die Verbindlichkeiten der OHG bestehe. Der Gesellschafter sei somit ein *codébiteur solidaire* der Gesellschaft, und ein Gläubiger könne sich an den Gesellschafter wenden, der ihm am zahlungsfähigsten erscheint. Da bei dieser Theorie zwischen der OHG als Rechtspersönlichkeit und den Gesellschaftern hinsichtlich ihrer Haftung kein Unterschied gemacht wird, ist ein Gläubiger nicht gezwungen, eine bestimmte Reihenfolge bei der Verfolgung seiner Ansprüche einzuhalten. Er braucht weder die OHG zuerst auf Zahlung zu verklagen, noch muß er irgendwelche sonstigen vorbereitenden Schritte unternehmen. Vielmehr ist er berechtigt, gegen einen oder mehrere Gesellschafter direkt vorzugehen, ohne daß diese sich dagegen wehren könnten²⁾.

Zur Begründung dieser Lösung hat man u.a. angeführt, daß der Art. 22 C.com. die solidarische Haftung ohne Einschrän-

- 1) vgl. auch Trib.civ.Seine, 1.2.1898, JS 1898, 327; RS 1898, 262, wo ein Gerichtsvollzieher, der für eine OHG tätig war, einen Ger. persönlich auf Zahlung der Kosten verklagte und einen Titel gegen ihn erhielt. Der Ger. erhob dagegen mit Erfolg Widerspruch, da der Gerichtsvollzieher nicht beweisen konnte, daß er sich zuvor an die Ges. gewandt hatte. - ferner:
Trib.com.Seine, 5.7.1884, J.Trib.com. 1885, 52
Trib.com.Nantes, 17.7.1895, JS 1896, 280
Trib.com.Seine, 20.u.31.12.1895, JS 1897, 184
(Persönliche Inanspruchnahme eines Ger. während des Liquidationsverfahrens bzw. während eines außergerichtlichen Vergleichs)
- 2) vgl. Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial* Bd.I S.210 und die Ausführungen dazu bei Escarra-Rault Nr.246 und Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.323.

kung zulasse. Das bedeute eine Verweisung auf die Grundsätze des gemeinen Rechts, nach denen den Schuldnern die Einrede der Vorausklage nicht zustehe¹⁾.

Lacour-Bouteron²⁾ sind ebenfalls der Ansicht, daß ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft vorliege. Sie kommen dadurch zu diesem Ergebnis, daß sie eine eigene Rechtspersönlichkeit für die OHG ablehnen. Damit steht die Gesellschaft nicht mehr zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern. Allerdings gestatten sie dem Gläubiger nicht, von seinem Verfolgungsrecht ohne jede Einschränkung Gebrauch zu machen. Sie verlangen vielmehr, daß der Gläubiger zuerst die Gesellschaft in Verzug setzen müsse.

In der Rechtsprechung finden sich nur wenige veröffentlichte Urteile, in denen dem Gläubiger das Recht zu einer direkten Verfolgung eines Gesellschafters zugesprochen wird. So entschied die Cour d'appel Paris folgendermaßen:

"Considérant qu'aux termes de l'art.22 C.com., les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements sociaux; qu'à ce titre, chacun d'eux peut donc être poursuivi par les créanciers de la société, sans qu'au préalable des poursuites aient été dirigées contre la société elle-même, ou contre le liquidateur en cas de liquidation; qu'il suffit que ces créanciers justifient d'un engagement social;..." 3)

Eine OHG befand sich in Liquidation. Die Immobilien, die ihr Vermögen darstellten, waren verkauft worden. Der Verkaufserlös sollte in einer bestimmten Rangordnung an die Gläubiger verteilt werden. Ohne die Abwicklung der Zahlung abzuwarten, verfolgten zwei Gläubiger die Gesellschafter persönlich und erreichten gegen einen von ihnen eine Pfändung. Dessen Einspruch dagegen wurde abgewiesen⁴⁾.

1) vgl. Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.281

2) Bd.I Nr.223 ff., besonders Nr.230 f. u. Nr.305

3) Urteil v.4.2.1886, J.Trib.com. 1886, 513

4) vgl. auch Trib.civ.Seine, 6.2.1895, JS 1896, 81 (Direkte Inanspruchnahme eines Ger. für eine Warenlieferung an die Ges.)

4. Dritte Theorie: Die Gesellschafter als gesamtschuldnerische Bürgen der Gesellschaft

Die heute wohl herrschende Lehre betrachtet den Gesellschafter als gesamtschuldnerischen Bürgen der Gesellschaft¹⁾.

"Société et associés ne sont pas des codébiteurs solidaires. Sont codébiteurs solidaires ceux qui ont solidairement contracté un engagement, qui ont été parties principales au contrat générateur de la dette. Dans l'espèce, c'est la société seule qui a contracté. L'engagement des associés n'a qu'un caractère subsidiaire. C'est la loi qui les rends garants de l'exécution des obligations contractées par la société. Or, un débiteur subsidiaire ne peut être un codébiteur solidaire. Tout au plus est-il dans la condition juridique d'une caution solidaire."²⁾ Das hat zur Folge, daß der Gesellschafter die Einrede der Vorausklage nicht geltend machen kann³⁾.

Nach Arthuys ist diese Einrede im Geltungsbereich des Handelsrechts nach auf römischem Recht fußender ständiger Lehre nicht anwendbar⁴⁾. So wie bei Handelsgeschäften eine solidarische Haftung vermutet wird, vermutet man auch einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage. Das wird damit begründet, daß die Langsamkeit, die diese Einrede hinsichtlich der Einklagbarkeit der Forderung mit sich bringt, mit dem raschen Ablauf des Geschäftslebens nicht zu vereinbaren ist⁵⁾.

Der Unterschied zwischen einem caution solidaire und einem débiteur solidaire erscheint auf den ersten Blick gering, da ja Art.2021 C.civ. für den Fall, daß sich ein Bürge solidarisch verpflichtet hat, auf die Bestimmungen über Gesamtschuldverhältnisse verweist. In beiden Fällen hätte der Gläubiger grundsätzlich die Möglichkeit, einen Gesellschafter direkt in Anspruch zu nehmen. Nach gemeinem Recht braucht nämlich der Gläubiger den Hauptschuldner nicht erst

- 1) vgl. Escarra-Rault Nr.246; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281; Arthuys I Nr.253
- 2) Escarra-Rault Nr.246, S.272
- 3) vgl. Planiol-Ripert XI Nr.1539; Aubry et Rau aaO. Bd.VI, § 423, S.271; Thaller-Percerou Nr.415
- 4) vgl. Arthuys I Nr.253
- 5) vgl. Arthuys I Nr.253; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281.

in Verzug zu setzen, wenn er dessen gesamtschuldnerischen Bürgen verfolgt¹⁾.

Der Unterschied muß vielmehr im Verhältnis von Hauptschuldner und Nebenschuldner gesucht werden.

Bei der gesamtschuldnerischen Haftung gibt es keinen Unterschied zwischen Gesamtschuldner und Nebenschuldner, wohl aber bei der gesamtschuldnerischen Bürgschaft. Hier haben wir einen Hauptschuldner und einen oder mehrere Bürgen.

Nach der jetzt in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht wird der gesamtschuldnerisch haftende Bürge dem Gläubiger gegenüber als ein Gesamtschuldner betrachtet, der aber an der Schuld nicht interessiert ist (*codébiteur non intéressé à la dette*). Es ist für ihn eine fremde Schuld. In seinem Verhältnis zum Hauptschuldner gilt der Bürge jedoch als solcher. Daher müssen die Regeln über die Bürgschaft und über Gesamtschuldverhältnisse angewandt werden²⁾.

Als Begründung für die verschiedenartige Stellung des Bürgen wird angeführt, daß dies wohl dem Willen der Vertragsparteien am meisten entspreche. Der Gläubiger wolle eine möglichst große Sicherheit haben. Diese bekäme er dadurch, daß er jederzeit den Bürgen als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen könne³⁾. Dieses Recht billige ihm der Hauptschuldner, der an dem Kredit interessiert ist, gerne zu.

Im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen bleibe es aber bei der Bürgschaft. Der gesamtschuldnerische Bürge sei an der Schuld nicht unmittelbar interessiert, er betrachte sich vielmehr als Garant für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners⁴⁾.

1) vgl. Derrida aaO. Nr.33

2) vgl. Beudant XIII Nr.136 f.; Planiol-Ripert XI Nr.1539 mit Rechtsprechungsnachweisen;
a.A.: Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Bd.24 Nr.919; Aubry et Rau aaO. Bd.VI § 423. Hier wird der gesamtschuldnerische Bürge sowohl gegenüber dem Gläubiger als auch gegenüber dem Hauptschuldner stets als obligé accessoire betrachtet.

3) vgl. Beudant XIII Nr.136

4) vgl. Arthuys I Nr.253, bes. S.254 Anm.5.

Auf den Gesellschafter angewendet ergebe sich somit, daß er dann, wenn er eine Verbindlichkeit der OHG bezahlt hat, in erster Linie einen Rückgriffsanspruch gegen diese geltend machen könne, und zwar in voller Höhe des Betrages. Es stehe ihm aber auch ein Rückgriffsrecht gegen seine Mitgesellschafter zu. Da jedoch die solidarische Haftung nur den Gläubigern gegenüber bestehe, nicht aber im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, könne der vom Gläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern nur den Anteil an der Schuld verlangen, den diese gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu tragen hätten. Wenn ein Gesellschafter zahlungsunfähig sei, so müsse sein Anteil von den Mitgesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung am Verlust übernommen werden¹⁾.

III. Die von der Rechtsprechung hinsichtlich der Verfolgung der Gesellschafter entwickelten Modalitäten

1. Vorbemerkungen

Die Rechtsprechung hat sich für keine der dargestellten Theorien endgültig entschieden. Die Urteile kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen.

In der 2.Hälfte des 19.Jahrhunderts läßt sich eine Entwicklung besonders auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter feststellen, die von den Erfordernissen der Praxis her bestimmt zu sein scheint. So zeigt sich die Tendenz, den Gesellschafter vor persönlicher Inanspruchnahme so lange zu schützen, als die OHG selbst ihren Verpflichtungen nachkommen kann. Der Gläubiger muß nach Ansicht eines Teiles der Rechtsprechung zunächst einmal nachweisen, daß eine Gesellschaftsschuld vorliegt und daß die Gesellschaft zur Zahlung verurteilt worden ist. In anderen Entscheidungen wird eine einfache Inverzugsetzung der OHG als ausreichende Voraussetzung für eine persönliche Verfolgung der Gesellschafter angesehen. Andere Urteile wiederum begnügen sich damit, daß

1) vgl. Escarra-Rault Nr.249 II; Houpin-Bosvieux I Nr.271; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.162.

der Vertreter der Gesellschaft in dem gegen die Gesellschaft angestregten Prozeß die Schuld als Gesellschaftsschuld kontradiktorisch anerkennt.

In ihrem jetzigen Stand scheint die Rechtsprechung gefestigt zu sein. Sie verlangt jetzt sowohl Inverzugsetzung der OHG als auch Anerkennung der Schuld als Gesellschaftsschuld.

Im übrigen hat die Rechtsprechung stets den Grundsatz der solidarischen Haftung von Gesellschaftern und Gesellschaft allgemein bejaht und den Gesellschaftern die Einrede der Vorausklage abgesprochen. Aber sie unterwarf die Gläubiger hinsichtlich ihrer direkten Verfolgung der Gesellschafter gewissen Bedingungen, die für diese eine aufschiebende Bedingung tatsächlicher Art (moyen dilatoire de fait) darstellen können¹⁾.

2. Schuldanerkenntnis und Verurteilung der Gesellschaft

Die erste Einschränkung, die die Rechtsprechung für eine direkte Inanspruchnahme eines Gesellschafters machte, war die, daß sie verlangte, der Gläubiger müsse nachweisen, daß es sich bei der Schuld um eine Gesellschaftsschuld handle. Es mußte in einem Verfahren ein Schuldanerkenntnis des Geschäftsführers der OHG gegeben und die Gesellschaft zur Zahlung verurteilt werden²⁾. Dadurch konnte sich der Gesellschafter einer Inanspruchnahme nicht mehr unter dem Vorwand entziehen, daß das Gesellschaftsvermögen noch nicht erschöpft sei.

Zur Begründung dieser Einschränkung wurde angeführt, daß die Existenz einer Verbindlichkeit zu Lasten der OHG nur sicher nachgewiesen werden könne durch ein gegen diese ergangenes Urteil. Diese Sicherheit hinsichtlich der Verbindlichkeit sei unerlässlich für eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter³⁾.

- 1) vgl. Juris-Classeur des sociétés IV, fascicule 56 Nr.22; Derrida aaO. Nr.33. - "Ce sont des tempéraments d'équité conformes à l'intention des parties, plutôt que des règles précises de droit." Arthuys I Nr.253
- 2) vgl. Escarra-Rault Nr.246; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.323; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281; Arthuys I Nr.253
- 3) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281, S.292.

Der Kassationshof entschied in diesem Sinne in folgendem Fall¹⁾:

Eine KG befand sich in Liquidation. Einer der Geschäftsführer, gegen den sich die Klage richtete, war schon einige Zeit zuvor von seinem Posten zurückgetreten, aber weiterhin als vollhaftender Gesellschafter in der Firma verblieben. Er wurde nun von einer Gläubigerin der KG direkt in Anspruch genommen, ohne daß sich diese zuvor an die Gesellschaft gewandt hatte. Der Klage der Gläubigerin war in erster Instanz stattgegeben worden, in zweiter Instanz²⁾ wurde sie aber abgewiesen:

"Considérant qu'il faut donc reconnaître que toutes les fois que des gérants ou des liquidateurs existent, les associés ne peuvent être poursuivis individuellement, par suite d'engagements, mêmes solidaires, contractés par la société, qu'après que l'être moral qui constitue la société a été condamné dans la personne de ses représentants légaux à exécuter l'obligation..." (S.180)

Der Kassationshof präziserte diese Begründung noch:

"Attendu, en droit, que si, nonobstant l'état de liquidation d'une société en commandite, les créanciers conservent tous leurs droits et actions contre les associés en nom collectif, ils ne peuvent les exercer qu'en rapportant la preuve que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre ces associés sont des engagements sociaux; Attendu que cette preuve ne peut être faite que contrairement avec les représentants de la société..." (S.180)³⁾

3. Inverzugsetzen der Gesellschaft

Wenn die Existenz der Schuld, ihre Höhe und ihre Eigenschaft als Gesellschaftsschuld nicht bezweifelt werden, so erübrigt sich jedes Verfahren, in dem ein Schuldanerkenntnis von dem Geschäftsführer der OHG gegeben werden müßte.

"Or, quand il en est ainsi, aucun principe de droit n'astreint les créanciers à obtenir un jugement contre la

1) Civ.24.8.1858, D 1859.1.179; S 1859.1.332

2) C.A.Alger, 8.4.1856, unter Civ.24.8.1858 aaO.

3) Ebenso entschied die C.A.Douai, 13.11.1909, D 1913.2.57; ferner Civ.10.4.1877, D 1877.1.347 (Hier wird das Erfordernis des Schuldanerkenntnisses durch die Ges. betont, die Klage aber gleichzeitig zugelassen, weil die Ges. aufgelöst war und keinen gesetzlichen Vertreter mehr hatte).

société avant de poursuivre les associés. Un seul tempérament d'équité s'impose: le paiement ne peut pas être demandé aux associés avant d'avoir été réclamé à la société elle-même. Cette réclamation peut être constatée par un protêt, par un commandement, par une sommation, par une demande en justice¹⁾.

Nach dieser nur von Lyon-Caen-Renault vertretenen Auffassung genügt zur direkten Verfolgung der Gesellschafter eine vorherige einfache und erfolglos gebliebene Inverzugsetzung der Gesellschaft.

Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung nur in vereinzelten Fällen gefolgt. Sie hat aber das Moment der Inverzugsetzung später mit anderen gekoppelt²⁾.

4. Einbeziehung der Gesellschaft in das Verfahren gegen die Gesellschafter

In einer Reihe von Urteilen wird vom Gläubiger lediglich verlangt, daß er beweist, daß es sich bei der von ihm betriebenen Forderung um eine Forderung gegen die OHG handelt. Zu diesem Zweck muß er die Gesellschaft in der Person ihres Vertreters in den Prozeß gegen die Gesellschafter miteinbeziehen (mise en cause) und den Beweis in kontradiktorischer Form mit diesem erbringen. Wenn dieser Beweis erbracht ist, dann ergibt sich die Verpflichtung der Gesellschafter ganz natürlich aus der Vorschrift des Art.22 C.com., wonach die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften³⁾.

So entschied der Kassationshof in einem Fall⁴⁾, wo ein ehemaliger Gesellschafter während der Liquidation der Gesell-

1) Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281, S.292

2) vgl. C.A.Rouen, 28.11.1881, Rec.du Havre 1881.2.256 (Hier wurde das Urteil des Trib.com. Le Havre vom 7.12.1880 (s.o. S.12) aufgehoben, wobei das Berufungsgericht als einzige Voraussetzung für eine direkte Verfolgung der Ger. die erfolglos gebliebene Inverzugsetzung der Ges. forderte.)

3) vgl. Rodière, De la solidarité et de l'indivisibilité... Nr.257 und die Darstellungen bei Arthuys I Nr.253 S.254f; Escarra-Rault Nr.246; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.323

4) Req.14.5.1890, S 1892.1.484; D 1891.1.241 Anm.5

schaft persönlich in Anspruch genommen wurde, nachdem sich herausgestellt hatte, daß der Liquidationserlös zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte werde. Der zur Zahlung verurteilte Gesellschafter hatte in seiner Kassationsbeschwerde geltend gemacht, daß er lediglich als Bürge hafte. Selbst als solidarischer Bürge könne er erst dann in Anspruch genommen werden, wenn die Gesellschaft zur Zahlung verurteilt worden sei und sich weigere zu zahlen. Der Kassationshof verlangte aber lediglich die Anerkennung der Schuld als Gesellschaftsschuld und sah diese Anerkennung als gegeben an¹⁾.

IV. E r g e b n i s

1. Die jetzt herrschende Rechtsprechung

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts verlangt die Rechtsprechung vom Gläubiger die Erfüllung von 2 Bedingungen, bevor er einen Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen kann:

- a) Er muß in das Verfahren gegen den Gesellschafter gleichzeitig die Gesellschaft miteinbeziehen zu dem Zweck, mit dem Geschäftsführer in kontradiktorischer Form die Eigenschaft der Schuld als Gesellschaftsschuld und deren Höhe feststellen zu lassen.
- b) Er muß beweisen, daß er die Gesellschaft zuvor erfolglos in Verzug gesetzt hat²⁾

Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung ist ein Urteil des Kassationshofes vom 28.3.1898³⁾, dem folgender Sachverhalt

-
- 1) vgl. auch Req.12.7.1888, D 1889.1.148 (s.o. S.3 Anm.2) Civ.21.12.1891, S 1892.1.486 (Begründung einer Ges.schuld durch den vollhaftenden Gf. einer Kommanditaktienges. genügt, um diesen persönlich in Anspruch zu nehmen); Trib.com.Nantes, 17.7.1895, JS 1896, 280 (Bei Liquidation der Ges. muß der Liquidator die Ges.schuld anerkennen); Trib.com.Nantes, 7.6.1899, JS 1900, 164; RS 1900, 24 (Nach Umwandlung einer KG in eine AG und Ausscheiden des vollhaftenden Gf. genügt für dessen spätere Inanspruchnahme für Schulden der alten Ges., daß er sie selbst eingegangen hat).
 - 2) vgl. Escarra-Rault Nr.246; Pic-Kréher Nr.486; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.324; Thaller-Perceyrou Nr.415; Lacour-Bouteron I Nr.305; Arthuys I Nr.253, S.255.
 - 3) Civ.28.3.1898, D 1899.1.49; S 1898.1.185.

zugrundelag:

Das Bankhaus Lafontaine, Martinet & Cie. klagte vor dem Tribunal de commerce de la Seine 185.000 fr., den Betrag von 4 von der OHG Moyse & Lhullier nicht eingelösten Wechseln ein, und zwar einmal gegen Moyse und Lhullier persönlich, zum andern gegen die OHG, vertreten durch M. und L. als alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der OHG.

Auf Antrag der OHG hatte das Gericht eine Verschiebung der Sache (remise de la cause) beschlossen. Aber gegen M. und L. persönlich erging ein Versäumnisurteil, in dem sie gemeinsam zur Zahlung des geforderten Betrages an das Bankhaus verurteilt wurden. Die Bank ließ daraufhin eine Zwangshypothek auf die M. und L. gehörenden Immobilien eintragen. Nachdem der Einspruch von M. und L. gegen das Versäumnisurteil abgewiesen worden war, erreichten sie in einem Vergleichsverfahren einen Erlaß ihrer Schuld auf die Hälfte. An diesem Vergleichsverfahren war die Bank nicht beteiligt.

Dann legten die Gesellschafter Berufung gegen den Spruch des Tribunal de commerce ein, der sie zur Zahlung der Schuld verurteilt hatte. Sie brachten vor, daß sie nicht persönlich in Anspruch genommen werden könnten, bevor nicht die Schuld der OHG rechtskräftig festgestellt worden sei. Überdies müsse der Vergleich auch auf die Bankiers ausgedehnt werden und sich somit deren Forderung reduzieren.

Die Berufungsinstanz bestätigte aber das Urteil des Tribunal de commerce. Daraufhin legten die Gesellschafter Kassationsbeschwerde ein, die in den hier interessierenden Punkten abgewiesen wurde.

Der Kassationshof stellte zunächst die beiden Bedingungen auf, nach deren Erfüllung erst die persönliche Inanspruchnahme eines Gesellschafters erfolgen kann:

"Attendu, en droit, que, pour justifier leur action, les créanciers d'une société en nom collectif doivent établir, d'une part, contradictoirement avec les représentants de la société, que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre les associés constituent des engagements sociaux, et, d'autre part que la société elle-même a été invitée à payer par un acte équivalent à une mise en demeure. -" (S.51)

Diese beiden Bedingungen sah das Gericht als erfüllt an, da einerseits die Gesellschaft durch den Wechselprotest bereits in Verzug gesetzt worden sei, andererseits durch die Tatsache, daß die Gesellschafter als alleinige Geschäftsführer der OHG in dem Verfahren vor dem Tribunal de commerce die Höhe der Forderung nicht bestritten hätten, auch ein Schuldanerkenntnis der Gesellschaft vorläge¹⁾.

2. Theoretische Rechtfertigung dieser Rechtsprechung

Unter praktischen Gesichtspunkten ist die Lösung, die die Rechtsprechung gegeben hat, für den Gesellschafter günstig. Er bleibt so vor unnützen und nicht gerechtfertigten Verfolgungen von Seiten der Gesellschaftsgläubiger bewahrt. So lange die OHG zahlungsfähig ist, muß sich ein Gläubiger an diese zuerst halten.

Dem Gesellschafter steht im Ergebnis eine Einrede zu, die der Einrede der Vorausklage analog ist. Sie ist aber weniger starr als diese, nicht mit derselben Langsamkeit des Verfahrens und demselben Kostenaufwand verbunden und somit den Erfordernissen der Praxis besser angepaßt. Diese Lösung entspricht daher den Forderungen der Billigkeit (*équité*), der Schnelligkeit und Wirtschaftlichkeit, die dem Handelsrecht eigen sind²⁾.

Die theoretische Rechtfertigung dieser Rechtsprechung führt jedoch zu gewissen Schwierigkeiten.

Das Erfordernis einer Anerkennung der Schuld läßt sich damit begründen, daß die Gesellschafter nur für die Schulden der OHG haften, es also notwendig ist zu beweisen, daß die Forderung, deren Einziehung man betreibt, auch eine solche gegen die OHG ist³⁾.

Das Erfordernis einer Inverzugsetzung läßt sich jedoch nicht ohne weiteres rechtfertigen. Hier zeigt sich sehr

1) ebenso Civ.27.5.1914, D 1921.1.121; S 1914.1.425
Req. 3.5.1926, DH 1926, 298; S 1926.1.248

2) vgl. Pic-Kréher Nr.486; Dalloz Rép.III, sub verbo Sociétés en nom collectif Nr.231; Juris-Classeur des sociétés IV, fascicule 56 Nr.28 f.

3) vgl. Derrida aaO. Nr.33

deutlich, daß sich das System der Rechtsprechung auf keine der oben dargestellten Theorien rein zurückführen läßt.

Wenn man die Gesellschafter als einfache Bürgen der Gesellschaft ansehen würde, so würde man den Interessen der Gläubiger nicht hinreichend gerecht. Die solidarische Haftung der Gesellschafter ist zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger geschaffen worden. Wenngleich die OHG als juristische Person in erster Linie haftet, so wäre es doch nicht gerechtfertigt, deren Gläubigern zuzumuten, zuerst einmal in langwierigen Zwangsvollstreckungsverfahren das gesamte Gesellschaftsvermögen zu verwerten, um erst dann die Möglichkeit zu haben, für die ungedeckten Restforderungen die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen.

Ließe man andererseits Gesellschaft und Gesellschafter auf gleicher Ebene als Gesamtschuldner haften, so würde man damit den Interessen der Gesellschafter nicht gerecht. Diese haben sich zweifellos mit dem Bewußtsein zu einer OHG zusammengeschlossen, notfalls mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten eintreten zu müssen. So lange die Gesellschaft zahlungsfähig ist, sollte aber doch wohl das Gesellschaftsvermögen in erster Linie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger herangezogen und diese zunächst einmal auf dieses Vermögen verwiesen werden¹⁾.

Die theoretische Einordnung der Gesellschafter als solidarische Bürgen der Gesellschaft entspricht dem Sinn der Vorschrift des Art. 22 C.com. unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten noch am meisten. Jedoch läßt sich die Rechtsprechung mit diesem System nicht ganz in Einklang bringen.

Mit der Forderung, der Gläubiger müsse die OHG zuerst in Verzug setzen, weicht der Kassationshof von den Vorschriften des Code civil ab. Im Bereich der solidarischen Bürgschaft ist ein solches Inverzugsetzen nicht erforderlich, denn der Gläubiger braucht den Hauptschuldner nicht erst in Verzug zu setzen, wenn er den solidarischen Bürgen in

1) "Il est naturel que les créanciers sociaux s'adressent d'abord à la société; elle est leur principal obligé." Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 281

Anspruch nehmen will¹⁾.

Thaller-Percerou²⁾ erklären dieses Erfordernis einfach damit, daß es sich dabei um eine durch handelsbräuche bedingte Abweichung von den Rechtsfolgen der solidarischen Haftung handle, wobei übrigens keine zwingende Vorschrift des Handelsrechts verletzt werde³⁾.

Nach neuerer Ansicht⁴⁾ wird die Rechtsprechung des Kassationshofes folgendermaßen erklärt:

Bei handelsrechtlichen Gesamtschuldverhältnissen ist eine Rangordnung hinsichtlich der Verfolgung der Schuldner gegeben (hiérarchie de la solidarité commerciale)⁵⁾. Auf die OHG angewendet bedeutet das: Die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit und die Gesellschafter haften auf zwei verschiedenen Ebenen. In erster Linie haftet die OHG für die Verbindlichkeiten, die der Geschäftsführer unter ihrer Firma eingegangen hat. Nur wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, haften die Gesellschafter solidarisch. Diese Zahlungsunfähigkeit muß sich aber nicht erst aus einer erfolglosen Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ergeben. Es genügt eine erfolglos gebliebene Inverzugsetzung der Gesellschaft.

Im übrigen beschränken sich die Gesellschafter lediglich darauf, für die Einlösung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zu garantieren.

"Entre la société et les associés, il y a donc bien une hiérarchie, très atténuée sans doute, mais qui se traduit sur le plan technique: la société en nom collectif, tout comme les autres sociétés, a la personnalité morale, mais une personnalité morale des plus ténues, ne s'opposant que difficilement à la confusion du patrimoine social avec celui des coassociés..."⁶⁾.

1) vgl. dazu Dalloz Rép.III aa0. Nr.231; Derrida aa0.Nr.33; Arthuys I Nr.253 f.

2) aa0. Nr.415

3) vgl. auch Ripert aa0. Nr.728; Pic-Kréher Nr.486, S.523; ferner Thaller, Anm. zu Civ.28.3.1898, D 1899.1.49

4) vgl. Derrida aa0. Nr.24 ff., besonders Nr.33

5) "Bien souvent les codébiteurs commerciaux ne sont pas également tenus de la dette qui pese sur eux; l'un d'entre eux joue la rôle de débiteur principal, à qui, dans certains cas, il faudra s'adresser d'abord pour réclamer le paiement, et qui dans tous les cas, supportera le poids définitif de l'obligation; les autres sont tenus, sinon d'une façon vraiment subsidiaire, du moins

C. Vergleich mit dem deutschen Recht

I. Die Vorschrift des § 128 HGB

1. Sinn und Zweck des § 128 HGB

Die Vorschrift des § 128 HGB entspricht der des Art.22 C.com. Die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten wird deshalb zwingend vorgeschrieben, weil bei der rechtlichen Regelung der OHG wegen ihrer besonderen Stellung als Personengesellschaft weder die Höhe des Gesellschaftskapitals festgelegt ist, noch irgendwelche Maßnahmen zur Erhaltung dieses Kapitals verpflichtend angeordnet sind. Da so den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben wird, mit nur geringem Einsatz von in der Gesellschaft gebundenem Kapital zu arbeiten und statt dessen mit ihrer persönlichen Initiative, ihren Fähigkeiten und ihrem kaufmännischen Ansehen in der OHG wirksam zu werden, müssen sie aber auch die sich daraus ergebende Unsicherheit für Dritte, die mit der Gesellschaft kontrahieren, ausgleichen. Und diesen Ausgleich stellt die persönliche Haftung der Gesellschafter dar. Diese Haftung bietet den Gesellschaftsgläubigern eine entsprechende Sicherheit und dient damit auch ganz entscheidend der Kreditfähigkeit der OHG. Den Gläubigern haftet nicht nur das Gesellschaftsvermögen, sondern sie können ihren Zugriff auch auf das persönliche Vermögen der einzelnen Gesellschafter richten¹⁾.

Entsprechend dem französischen Recht kann die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht durch Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern wegbedungen werden (§ 128 S.2 HGB), da diese besondere Haftung zum Wesen der OHG schlechthin gehört.

Es gilt auch hier, daß eine Vereinbarung eines Gesellschafters mit einem Gesellschaftsgläubiger über eine Haftungsbeschränkung im Verhältnis zwischen diesen gültig ist.

.. au second plan: les codébiteurs commerciaux sont plus souvent tenus pour d'autres qu'avec d'autres." Derrida aaO. Nr.24

6) Derrida aaO. Nr.33

1) vgl. Flechtheim § 128 Anm.1

Ebenso kann die OHG mit einem Gläubiger hinsichtlich der Reihenfolge der Verfolgung seiner Ansprüche oder der Haftungsbefreiung einzelner Gesellschafter Vereinbarungen treffen, die das Prinzip der persönlichen Hsftung außer Kraft setzen¹⁾.

2. Der Begriff der Gesellschaftsverbindlichkeiten

Im Gegensatz zum französischen Recht²⁾ ist nach deutschem Recht die OHG bei der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht auf den Rahmen des Unternehmenszwecks beschränkt. Zu den Gesellschaftsverbindlichkeiten gehören vielmehr alle Verbindlichkeiten, die die OHG eingehen kann und eingegangen hat³⁾. Privatverbindlichkeiten der Gesellschafter fallen allerdings nicht darunter. Ein Privatgläubiger kann nur die vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft pfänden lassen⁴⁾.

Nach französischem Recht werden die Gesellschaftsgläubiger bei der Verfolgung ihrer Ansprüche zuerst auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen. Dieses Vermögen dient in seiner Verselbständigung als Vermögen der juristischen Person in erster Linie dem Geschäftsbetrieb der OHG und damit auch der Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten. Gesellschaftsverbindlichkeiten und Gesellschaftsvermögen stehen in einer eindeutigen Zuordnung zueinander. Erst wenn der Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen der Gesellschaft erfolglos war, haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen.

Bei der deutschen OHG finden wir auch eine Trennung des Gesellschaftsvermögens und des persönlichen Vermögens der einzelnen Gesellschafter, und zwar so, daß die Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen nur in ihrer Gesamtheit verfügen können. Dieses Vermögen ist für die Zwecke der OHG von dem privaten Vermögen der einzelnen Gesellschafter abgesondert. Es bleibt nun zu prüfen, wie

1) vgl. Schlegelberger-Gesler § 128 Anm.37

2) vgl. Escarra-Rault Nr.47; Hamel-Lagarde Nr.417

3) vgl. dazu im einzelnen Schlegelberger-Gesler § 128 Anm.12; Weipert § 124 Anm.6; Flechtheim § 124 Anm.3

4) vgl. Hueck §.196; Weipert § 128 Anm.3

weit diese Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens geht, wann die Haftung der Gesellschafter mit ihrem persönlichen Vermögen eintritt und wie diese Haftung gestaltet ist, d.h. wie das Verhaftetsein des Privatvermögens einzuordnen ist, dem Gesellschaftsvermögen nachgeordnet, wie im französischen Recht, oder aber diesem gleichgestellt.

3. Das Wesen der Gesellschafterhaftung

Nach Auffassung der herrschenden Lehre ist die OHG keine juristische Person. Sie stellt eine Gemeinschaft zur gesamten Hand dar, wobei Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft die Gesellschafter in ihrer untrennbaren Verbundenheit sind. Die Gesellschafter haften in ihrer Eigenschaft als Gesamthänder für die Gesellschaftsverbindlichkeiten mit dem Gesellschaftsvermögen, dessen Eigentümer sie ja sind.

Wenn nun im § 128 HGB auch noch die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen zwingend vorgeschrieben wird, so stellt sich die Frage, ob neben der Gesellschaftsverbindlichkeit noch eine zweite, nämlich die der Gesellschafter, besteht. Das wird von der herrschenden Lehre verneint mit der Begründung, die OHG und ihre Gesellschafter seien in ihrer Verbundenheit identisch. Es bestehe nur eine einheitliche Verbindlichkeit, für die aber zwei Vermögensbereiche haften, einmal das Gesellschaftsvermögen, an dem die Gesellschafter gesamthänderisch beteiligt sind, und zum anderen das Privatvermögen der Gesellschafter¹⁾.

Die Frage, wie die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen einzuordnen ist, wird somit dahin beantwortet, daß die Gesellschafter als einzelne mit ihrem Privatvermögen auf derselben Stufe haften wie in ihrer Verbundenheit mit dem Gesellschaftsvermögen. Die persönliche Haftung der Gesellschafter sei also eine primäre Haftung und könne daher sofort geltend gemacht werden, nicht erst dann, wenn die OHG ausfällt.²⁾

1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.2; Weipert § 128 Anm.2; Flechtheim § 128 Anm.5

Gemäß § 128 HGB haften die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten als Gesamtschuldner. Hier muß genau so wie im französischen Recht geprüft werden, ob die Gesellschafter nur untereinander oder auch im Verhältnis zur Gesellschaft gesamtschuldnerisch haften.

In beiden Fällen wird versucht, die Antwort auf diese Frage aus der Rechtsnatur der OHG zu geben. Nach der heute in Frankreich vorherrschenden Auffassung bezieht sich die im Art.22 C.com. vorgeschriebene Solidarhaftung lediglich auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Zu demselben Ergebnis gelangt auch die in Deutschland herrschende Lehre. Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern liege deshalb nicht vor, da die OHG nicht als juristische Person angesehen werden könne und die Gesellschafter gleichzeitig Träger der Gesellschaftsverbindlichkeiten seien. Es fehle somit an den für ein Gesamtschuldverhältnis erforderlichen mehreren Verbindlichkeiten¹⁾.

Nach der neuerdings auch vom Bundesgerichtshof²⁾ anerkan-

2) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.7; Flechtheim § 128 Anm.10. Diese Lösung ergibt sich aber nicht zwingend aus der Konstruktion der OHG als Gesamthandsgemeinschaft. Die Regelung der Gesellschafterhaftung im HGB geht auf die des ADHGB zurück. Den Beratungen zum ADHGB lag u.a. ein "Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten" von 1857 zugrunde, dessen Art.117 Abs.1 folgenden Wortlaut hatte: "Während des Bestehens einer Gesellschaft ist die Klage gegen einen Gesellschafter auf Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft nur zulässig, wenn der Anspruch an die Gesellschaft bereits früher gerichtlich festgestellt oder die Klage gleichzeitig wider die Gesellschaft angestellt wird." Diese Vorschrift hätte etwa der französischen Regelung entsprochen. Sie wurde jedoch nach eingehenden Beratungen verworfen, da man dem Gläubiger nicht die Möglichkeit nehmen wollte, die Gesellschafter einer OHG jederzeit auch persönlich in Anspruch zu nehmen. Vgl. Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Protokoll I bis XLV, S.216 ff. Auch im schweizerischen Recht gilt die OHG als Gesamthandsgemeinschaft. Gleichwohl haftet der einzelne Gesellschafter persönlich nur subsidiär. Vgl. Art.568 Abs.3 OR.

1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.2; Weipert § 128 Anm.13 f.; Flechtheim § 128 Anm.5; Staub-Pinner § 128

2) BGHZ 23, 302 (305), s.u. S.34 f. Anm.1

ten Auffassung von Hueck¹⁾ braucht das Nichtbestehen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern keinesfalls mit dem Fehlen der mehreren Verbindlichkeiten begründet zu werden. Hueck hält es auf Grund der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens für durchaus möglich, daß man die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit und die einzelnen Gesellschafter sehr wohl als nebeneinanderstehende Schuldner betrachten könne und somit auch mehrere selbständige Verbindlichkeiten vorhanden wären. Die eigentliche Begründung liege darin, daß die Gesellschafter "in erster Linie nicht eine eigene Leistung zu erbringen, sondern für die Leistung der OHG zu sorgen haben"²⁾.

II. Die Gestaltung der persönlichen Haftung der Gesellschafter

1. Merkmale der Gesellschafterhaftung

Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer OHG ist folgendermaßen charakterisiert: Sie ist unmittelbar, primär, unbeschränkt und unbeschränkbar und gesamtschuldnerisch³⁾.

Demgegenüber zeigt das französische Recht nur die Merkmale unbeschränkt, unbeschränkbar und gesamtschuldnerisch, wobei sich diese Merkmale in beiden Rechten entsprechen.

Die Gegenüberstellung der Charakterisierung in beiden Rechten zeigt sogleich auch den wesentlichen Unterschied. Die Gesellschafterhaftung nach französischem Recht ist weder unmittelbar noch primär, d.h. die Gesellschaftsgläubiger können gegen die Gesellschafter nur vorgehen, nachdem sie sich zuvor an die OHG selbst gewandt haben. Die Gesellschafter haften erst in zweiter Linie.

Für das deutsche Recht bedeutet die unmittelbare Haftung der Gesellschafter, daß diese ohne den Umweg über die OHG sogleich von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden können⁴⁾.

1) S.203

2) Hueck S.203

3) vgl. Hueck S.203; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.126

4) vgl. obige Autoren

Die Bedeutung der primären Haftung liegt darin, daß die Gesellschafter auf gleicher Ebene haften wie die OHG. Der einzelne Gesellschafter haftet neben der Gesellschaft, nicht hilfsweise nach ihr. Es bleibt der Wahl der Gläubiger überlassen, ob sie gegen die OHG oder gegen die einzelnen Gesellschafter oder gegen beide gleichzeitig vorgehen wollen. Eine vorhergehende Aufforderung an die OHG, ihre Verpflichtung zu erfüllen, ist nicht erforderlich¹⁾.

2. Inhalt der Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters - Haftung für Nichtgeldverbindlichkeiten

Nach Ansicht der herrschenden Lehre schuldet der einzelne Gesellschafter dieselbe Leistung wie die OHG. Seine Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten sei keinesfalls nur auf das Interesse beschränkt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft seien. Aus der Identität von Gesellschaft und Gesellschaftern als Gesamthandsgemeinschaft müsse daher gefolgert werden, daß jeweils nur eine einzige Verpflichtung entsteht und daß diese Verpflichtung zugleich die des einzelnen Gesellschafters sei. Dieser sei daher auch persönlich zur Erfüllung der von der OHG eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichtet. Er schulde also dieselbe Leistung wie die OHG, nicht nur Ersatz des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens²⁾.

Demgegenüber wird behauptet, es liege hinsichtlich des Inhalts der Verpflichtung der OHG und des einzelnen Gesellschafters keine Identität vor, der Gesellschafter haften persönlich nur auf das Interesse. Begründet wird dies letztlich damit, daß die OHG ein selbständiges Rechtssubjekt sei. Die Gesellschaftsschulden seien für die Gesellschafter fremde Schulden, für deren Begleichung sie lediglich als eine Art selbstschuldnerischer Bürgen einzustehen hätten³⁾.

1) vgl. obige Autoren, ferner Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.7; Flechtheim § 128 Anm.10; Staub-Pinner § 128 Anm.1.

2) vgl. Flechtheim § 128 Anm.3; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.3; Weipert § 128 Anm.5

3) vgl. im einzelnen Wieland, Handelsrecht Bd.I, S.631 und S.635 ff.; Fischer, Die Haftung des Gesellschafters für Schulden der OHG, S.76 ff.; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S.205.

Soweit es sich um Geldansprüche handelt, kommt der Antwort auf die Frage nach dem Inhalt der Verpflichtung keine besondere Bedeutung zu. In diesem Fall lautet die Verpflichtung der OHG und der einzelnen Gesellschafter stets auf denselben Betrag. Erst hinsichtlich der Haftung für Nichtgeldverbindlichkeiten, in Fällen also, in denen sich die OHG zu einem positiven Tun oder zu einem Unterlassen verpflichtet hatte, zeigt sich der praktische Wert der jeweiligen Beantwortung der Frage¹⁾.

Bei konsequenter Anwendung der herrschenden Lehre träfe die Verpflichtung zu einem positiven Tun oder zu einem Unterlassen in jedem Fall auch den einzelnen Gesellschafter persönlich. Das würde aber in vielen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen. Die Vertreter der herrschenden Lehre billigen zwar grundsätzlich diese Konsequenzen, so etwa Schlegelberger-Geßler²⁾, der den Gesellschafter ebenso wie die Gesellschaft an ein von dieser eingegangenes Wettbewerbsverbot gebunden wissen will, falls sich aus dem Vertrag nicht ergibt, daß das Verbot lediglich die OHG als solche betreffen solle³⁾.

Jedoch sieht sich die herrschende Lehre gezwungen, eine Reihe von Ausnahmen zuzulassen, um offenbar unbillige Ergebnisse zu vermeiden. So muß etwa beachtet werden, "daß die OHG ihre Gesellschafter nur im gesellschaftlichen Bereich binden kann. Darüberhinaus können die einzelnen Gesellschafter nicht verpflichtet werden."⁴⁾ Nach anderen Autoren ist zu prüfen, ob die Gesellschafter das Schuldverhältnis überhaupt auch persönlich erfüllen können⁵⁾, oder ob sich nicht etwa aus der Verpflichtung ergibt, daß nur die Gesellschaft auf Erfüllung haftet, während die Gesellschafter selbst nur für das Interesse bei Nichterfüllung durch die OHG von deren Gläubigern in Anspruch genommen

1) vgl. dazu die Beispiele bei Hueck S.196 ff.; Jacobi, Zur Haftung des aus der OHG ausgeschiedenen Gesellschafters, in ZBH 1931, S.237 (239); RGZ 136, 266

2) § 128 Anm.5

3) vgl. auch Weipert § 128 Anm.5; Flechtheim § 128 Anm.3

4) Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.5

5) vgl. Flechtheim § 128 Anm.3

werden können¹⁾. Auch für die Unterlassungspflichten werden eine Reihe von Ausnahmen zugelassen²⁾.

Diese Abweichungen von der herrschenden Lehre führen im allgemeinen zu befriedigenden Ergebnissen. Jedoch sind die Ansichten der verschiedenen Vertreter der herrschenden Lehre keineswegs einheitlich, und es fehlt, worauf besonders Hueck hinweist, an einer scharfen Abgrenzung der einzelnen Fälle und an einer wirklichen Begründung ihrer von der Regel abweichenden Behandlung³⁾.

Auch die entgegengesetzte Meinung, die von der Rechtspersönlichkeit der OHG ausgeht, sieht sich gezwungen, für die Behandlung der Unterlassungspflichten Ausnahmen zuzulassen⁴⁾.

Nach Hueck⁵⁾ ist es denn auch verfehlt, die Entscheidung, welchen Inhalt die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters hat, von der Rechtsnatur der OHG her zu treffen. Diese Entscheidung muß vielmehr nach dem Zweck der im § 128 HGB vorgeschriebenen Gesellschafterhaftung getroffen werden. Da die Vorschrift des § 128 HGB den Zweck verfolgt, dem Gesellschaftsgläubiger eine größtmögliche Sicherheit hinsichtlich seiner Forderung gegen die OHG zu geben, wäre es falsch, den einzelnen Gesellschafter immer nur auf das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung der Verbindlichkeit hat, haften zu lassen, weil dadurch eine starke Beeinträchtigung der Stellung des Gläubigers bewirkt würde. "Deshalb muß den Gläubigern ein unmittelbarer Anspruch gegen die einzelnen Gesellschafter auf Erfüllung gegeben werden, soweit das mit dem Interesse der einzelnen Gesellschafter irgendwie vereinbar ist."⁶⁾

Es sind demnach 2 Gesichtspunkte zu beachten, einmal der Schutz des Gläubigers, dann aber auch das berechtigte Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters⁷⁾.

1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.6; Weipert § 128

2) vgl. Weipert § 128 Anm.6 Anm.5

3) vgl. Hueck S.198 f.

4) vgl. etwa Wieland aaO. S.638

5) S.197 f.

6) Hueck S.198

7) "Diese Interessen der einzelnen Gesellschafter gehen dahin, in ihrer Privatsphäre von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft möglichst wenig berührt zu werden, und

Hueck weist daraufhin, daß das Gesetz eine scharfe Unterscheidung trifft zwischen der Haftung der OHG und der persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters. Das gelte nicht nur für das verhaftete Vermögen (Gesamthandsvermögen - Privatvermögen), sondern auch für den Inhalt der Schuld. "Der einzelne Gesellschafter haftet zwar persönlich, und dieses 'Haften' bedeutet nach dem Sprachgebrauch des HGB und dem Zweck des § 128 auch nicht nur ein Verstricktsein seines Vermögens ..., sondern ein wirkliches Leistensollen, also ein 'Schulden'. Aber die eigentlich geschuldete Leistung ist die Erfüllung der Schuld durch die OHG, und deshalb geht streng genommen die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters dahin, daß er für die Erfüllung durch die OHG zu sorgen hat. Der Inhalt seiner Verpflichtung ist also aus der Gesellschaftssphäre her zu bestimmen... Ein Tun oder Lassen des einzelnen Gesellschafters ist keineswegs gleichbedeutend mit dem Tun oder Unterlassen der OHG, wie es geschuldet wird."¹⁾

Die Rechtsprechung zu dieser Frage war lange Zeit hindurch uneinheitlich²⁾.

Der BGH hat sich neuerdings dafür ausgesprochen, daß bei der Beantwortung der Frage, ob im Einzelfall ein Gesellschafter auf Erfüllung einer nicht auf einen Geldbetrag lautenden Gesellschaftsschuld persönlich in Anspruch genommen werden kann oder ob er nur auf das Interesse haftet, die Interessen des Gläubigers und die des einzelnen Gesellschafters gegeneinander abzuwägen seien³⁾.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

.. zwar so wenig, wie es sich nur irgend möglich mit dem Interesse der Gesellschaft an ihrer Kreditfähigkeit vereinbaren läßt." Fischer, aaO. S.80

1) Hueck S.199

2) vgl. dazu Rospatt, Zur Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der OHG und ihrem Verhältnis zur Haftung der Gesellschaft, in ZBH 1932, S.241 ff., wo eine ausführliche Übersicht über die Urteile auf diesem Gebiet gegeben wird; ferner Zeuner, Die Haftung der Gesellschafter für die Unterlassungspflichten der OHG, S.9 ff. und die Übersicht in BGHZ 23, 302 (304).

3) BGHZ 23, 302

Der Beklagte war geschäftsführender Gesellschafter einer zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehenden OHG. Diese OHG war einem Dritten gegenüber zur Rechnungslegung verpflichtet. Da sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen war, hatte sich der Dritte, ohne die Gesellschaft zu verklagen, unmittelbar an den geschäftsführenden Gesellschafter gewandt und von ihm Rechnungslegung verlangt.

Das Gericht hatte also zu prüfen, ob der Dritte von dem Beklagten diese Rechnungslegung unmittelbar fordern konnte. Das war von dem Berufungsgericht unter Hinweis auf § 128 HGB bejaht worden.

Nach einer Gegenüberstellung der herrschenden Lehre und der dieser entgegengesetzten Meinung und einem Überblick über die entsprechenden Entscheidungen des Reichsgerichts gelangte der erkennende Senat, sehr in Anlehnung an die von Hueck vertretene Auffassung, zu dem Ergebnis, daß die rechtliche Beurteilung des Falles von einer Bewertung sowohl der Interessen des Gläubigers als auch der des Gesellschafters auszugehen habe:

"Dabei ist zu beachten, daß die Teilhaber einer OHG sich zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes zusammenschließen. Insoweit sind sie nach § 705 BGB zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Diese Verpflichtung erfaßt, soweit keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen werden ..., nur die Gesellschaftersphäre... In diesem Umfang muß deshalb ihr Interesse an der Freihaltung der Privatsphäre zurücktreten. Soweit sie sich durch die Eingehung einer OHG zur Leistung gegenüber der OHG verpflichtet haben, besteht kein Anlaß mehr, das Interesse des Gläubigers an einer Erfüllung durch die einzelnen Gesellschafter selbst hintanzusetzen. Deshalb kann ein Gläubiger von sämtlichen Gesellschaftern oder einem einzelnen Gesellschafter jedenfalls dann eine Leistung beanspruchen und braucht sich nicht mit einer Haftung auf das Interesse zu begnügen, wenn die Erbringung dieser Leistung zu den gesellschaftlichen Pflichten des betreffenden Gesellschafters gehört." (S.306)

Da die Rechnungslegung zu den gesellschaftlichen Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters gehört, so konnte das Gericht nach den hier entwickelten Grundsätzen dem direkten Anspruch des Dritten gegen den Beklagten auf Rechnungslegung stattgeben.

Einer grundsätzlichen Stellungnahme zu der Frage nach dem Inhalt der Gesellschafterhaftung konnte sich das Gericht

enthalten, da der Sachverhalt eine solche Stellungnahme nicht erforderte. Trotzdem kann man dieses Urteil nicht als eine Fallentscheidung im eigentlichen Sinne bezeichnen. Wenn auch für die dogmatische Beurteilung offenbar nichts gewonnen wurde, so ist die Behandlung des Falles doch richtungweisend:

Der Bundesgerichtshof stellt als Grundsatz die Bewertung des Interessenkonfliktes heraus, ohne dafür einen Maßstab zu geben und auch geben zu können. Die Frage nach dem Inhalt der Haftung ist einmal von der Bedeutung der Gesellschaftenhaftung für den Gläubigerschutz und die Kreditfähigkeit der OHG her zu beantworten. Gleichzeitig muß aber auch das berechnigte Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters an der Erhaltung einer gesellschaftsfreien Privatsphäre berücksichtigt werden. Nach diesem Grundsatz mußte es möglich sein, Fälle, in denen die persönliche Haftung eines Gesellschafters für Nichtgeldverbindlichkeiten der OHG geltend gemacht wird, sachgerecht und dem Wesen der OHG entsprechend zu entscheiden¹⁾.

Im französischen Recht wird die Frage nach dem Inhalt der Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters und damit verbunden das Problem der Haftung für Nichtgeldverbindlichkeiten überhaupt nicht erörtert. Das ist wohl damit zu erklären, daß die OHG als juristische Person gilt und damit den Gesellschaftern eine zumindest bürgerähnliche Stellung eingeräumt wird²⁾.

Die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung der Gesellschaftsgläubiger auf die Gesellschafter mit dem Ziel, eine Leistung oder ein Unterlassen zu erzwingen, läßt sich mit dieser Auffassung offenbar nicht vereinbaren und liegt daher wohl auch außerhalb des rechtlichen Interesses.

1) vgl. Müller-Erbach, Anm. zu obigem Urteil (v.14.2.1957, II.Zivilsenat) in JZ 1957, S.383 f; Fischer, Anm. zu obigem Urteil in LM Nr.4 zu HGB § 128.

2) Der Bürge haftet aber nur auf das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung der Verbindlichkeit hat. Vgl. Planiol-Ripert XI Nr.1516.

III. Zusammenfassung

Ein Vergleich der Grundlagen der Gesellschafterhaftung im französischen und deutschen Recht zeigt zunächst ganz allgemein folgendes:

1. Der Grundgedanke der persönlichen Haftung ist in beiden Rechten derselbe: Gläubigerschutz und dadurch erhöhte Kreditfähigkeit der Gesellschaft. Insofern entsprechen sich Art. 22 C.com. und § 128 HGB.

2. Die Gestaltung der persönlichen Haftung ist aber in wesentlichen Teilen verschieden. In beiden Rechten ist die Gesellschafterhaftung unbeschränkt, unbeschränkbar und gesamtschuldnerisch. Die Unterschiede liegen im folgenden:

a) Im französischen Recht ist die OHG eine juristische Person. Damit ist die Frage, wer primär für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, beantwortet. Es ist die OHG mit ihrem verselbständigten Vermögen.

Umstritten war, ob die Gesellschafter auf Grund der im Art. 22 C.com. vorgeschriebenen solidarischen Haftung nur untereinander oder auch im Verhältnis zur OHG solidarisch haften. Dieser Streit wurde dadurch beendet, daß der Kassationshof vom Gesellschaftsgläubiger die Erfüllung gewisser Voraussetzungen verlangte, wenn dieser einen Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen wollte. Damit sollte der Gesellschafter vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme geschützt werden.

In der neueren Theorie wird von einer hiérarchie de la solidarité commerciale gesprochen. Danach haften Gesellschaft und Gesellschafter auf zwei verschiedenen Ebenen. Letztere garantieren lediglich die Erfüllung der Gesellschaftsschuld. Diese theoretische Rechtfertigung der Rechtsprechung versucht, eine Synthese zwischen den Grundsätzen, nach denen die Haftung einer juristischen Person geregelt ist, und der Besonderheit der OHG als Personengesellschaft mit der ihr wesentlichen persönlichen Haftung der Gesellschafter darzustellen.

b) Im deutschen Recht wird die OHG als Gesamthandsgemeinschaft angesehen. Die Gesellschafter haften mit ihrem persönlichen Vermögen primär. Ein Gesellschaftsgläubiger kann den einzelnen Gesellschafter sofort in Anspruch nehmen.

Eine konsequente Anwendung der für die Gesamthandsgemeinschaft geltenden Regeln würde aber ebenfalls den Besonderheiten der OHG nicht gerecht, zumal diese in mancher Beziehung wie eine juristische Person behandelt wird.

Der Schwerpunkt der Diskussion liegt im deutschen OHG-Recht auf der Frage nach dem Inhalt der persönlichen Haftung. Eine befriedigende Antwort läßt sich von der Rechtsnatur der OHG aus nicht geben. Maßgebend ist vielmehr der Zweck der Gesellschafterhaftung: Gläubigerschutz und Kreditfähigkeit der OHG. Dem steht das berechnete Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters an der Erhaltung einer gesellschaftsfreien Privatsphäre gegenüber. Ein Abwägen dieser beiden Interessen ist nach der neuesten Rechtsprechung erforderlich.

3. Trotz der Verschiedenheit der Fragestellung ist in beiden Rechten das Bestreben vorhanden, dem besonderen Wesen der OHG dadurch gerecht zu werden, daß man die Lösung streitiger Fragen nicht allein aus rechtsdogmatischen Gesichtspunkten heraus zu geben versucht. Hier wie dort werden dem Ziel einer billigen und sachgerechten Lösung des jeweiligen Interessenkonfliktes dogmatische Konsequenzen geopfert.

Zweiter Teil

Voraussetzungen für das Entstehen einer Gesellschafts- schuld

A. Vertretung und Geschäftsführung

I. Ausübung von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis

1. Vorbemerkungen

Die für die OHG eingegangenen Verbindlichkeiten begründen eine Haftung für die Gesellschaft und die Gesellschafter. Wegen dieser besonderen Wirkungen, die die Gesellschaftsverbindlichkeiten hinsichtlich der Gesellschaft haben, muß festgestellt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit überhaupt als eine Gesellschaftsverbindlichkeit angesehen und damit haftungsbegründend für die Gesellschafter werden kann.

Dazu ist einmal erforderlich, daß die Verbindlichkeiten von einer Person eingegangen werden, die die Vollmacht besitzt, die OHG zu verpflichten. Zum anderen muß die Verbindlichkeit im Namen der Gesellschaft und, im Prinzip zumindest, unter der Firma (signature sociale) eingegangen worden sein¹⁾.

Es geht also um die Fragen von Vertretung und Geschäftsführung. Dabei findet man im französischen Recht kaum eine scharfe Unterscheidung dieser beiden Bereiche. Wenn daher im folgenden von Geschäftsführungsbefugnis gesprochen wird, so ist damit Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zusammen gemeint.

2. Die Geschäftsführung²⁾

Die Gesellschafter regeln die Art und Weise der Geschäftsführung nach freiem Belieben in den Statuten der OHG. Nor-

1) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.268; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.284

2) vgl. hierzu im einzelnen Pic-Kréher Nr.445 ff.; Escarra-Rault Nr.224 ff.; Hamel-Lagarde Nr.464 ff.; Houpin-Bosvieux I Nr.268 f; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.284 ff.

malerweise wird vereinbart, daß die OHG von einem oder mehreren Geschäftsführern geleitet und vertreten wird. Falls in den Statuten darüber nichts festgelegt ist, gilt Art. 1859 Ziff.1 C.civ., wonach jeder Gesellschafter grundsätzlich das Recht hat, für die Gesellschaft zu handeln und diese zu verpflichten.

Hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Geschäftsführers gehen die Ansichten auseinander. Von einigen Autoren wird er als *préposé* angesehen¹⁾. Andere wiederum sehen in ihm einen Beauftragten (*mandataire*) der Gesellschafter²⁾. Nach neuerer Lehre ist der Geschäftsführer, in Anlehnung an die vergleichbare Position in einer AG oder GmbH, ein Organ der OHG³⁾.

Hinsichtlich des Umfanges der Geschäftsführungsbefugnis gelten zwei Grundsätze:

- a) Der Geschäftsführer vertritt die OHG nach außen und leitet deren Geschäftsbetrieb. Falls nichts anderes bestimmt ist, hat er also die Befugnis, alle in den normalen Verwaltungsbereich der OHG fallenden Handlungen auszuführen, d.h. alle Handlungen, die auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtet sind (Art.1856 Abs.1 C.civ.).
- b) In den Statuten kann der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis frei festgelegt werden. Die normalen Befugnisse können ausgedehnt, aber auch eingeschränkt werden⁴⁾.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich eine Reihe von Fragen hinsichtlich der Tragweite der vom Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten:

Inwieweit haften Gesellschaft und Gesellschafter überhaupt für Verbindlichkeiten, die der Geschäftsführer für die OHG eingegangen hat?

Ist die Verwendung der Firma notwendige Voraussetzung für

1) vgl. Thaller-Percey Nr.411; Lacour-Bouteron I Nr.304; und mit Einschränkungen Pic-Kréher Nr.481
2) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.262; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.296; Gain et Delaisi, Guide formulaire des sociétés commerciales, Nr.50 und 52
3) vgl. Escarra-Rault Nr.227; Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, Bd.I Nr.603 f., 685
4) vgl. Escarra-Rault Nr.235

die Vertretung der OHG durch den Geschäftsführer, und reicht dieses Erfordernis allein schon aus, um eine Haftung der OHG zu begründen?

Kann sich die OHG durch Haftungsausschließungsklauseln in den Statuten gegen Mißbrauch der Firma durch den Geschäftsführer sichern?

Haftet die OHG für Verbindlichkeiten, die der Geschäftsführer in Überschreitung seiner Befugnisse eingegangen hat?

Genügt es, daß die Einschränkung der Geschäftsführungsbe-
fugnis in den Statuten festgelegt und vorschriftsmäßig ver-
öffentlicht worden ist, um sie Dritten gegebenenfalls ent-
gegenhalten zu können und damit von der Haftung befreit zu
werden?

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob und unter wel-
chen Voraussetzungen ein Gesellschafter, der nicht Ge-
schäftsführer ist, die OHG gültig verpflichten kann.

3. Tragweite der vom Geschäftsführer eingegangenen Verbind- lichkeiten

Soweit der Geschäftsführer im Rahmen der ihm übertragenen
Befugnisse eine Verbindlichkeit vertraglich eingegangen
hat, haftet die OHG auch dafür¹⁾.

Der Firmenname gestattet es, die Gesellschaft zu identifi-
zieren. Wenn daher der Geschäftsführer sich der Firma be-
dient, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er im Namen
der Gesellschaft handelt. Handelt er in seinem eigenen Na-
men, dann wird die OHG durch einen solchen Vertrag nicht
verpflichtet.

Der Geschäftsführer kann die OHG auch durch Delikt oder
Quasidelikt haftbar machen²⁾. Grundsätzlich haftet der
Geschäftsführer für seine unerlaubten Handlungen nur per-
sönlich, es gibt aber Fälle, in denen die Haftung auf die

1) vgl. Escarra-Rault Nr.238; Houpin-Bosvieux I Nr.268;
Ripert aaO. Nr.742.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.240; Ripert aaO. Nr.743; Thaller-
Percerou Nr.411; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.296.

Gesellschaft ausgedehnt werden kann. Das geschieht immer dann, wenn das haftungsbegründende unerlaubte Handeln des Geschäftsführers in Ausübung seiner Funktion geschah.¹⁾

Umfang und Voraussetzungen für diese Haftung hängen nun davon ab, wie man die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer OHG sieht.

Gilt der Geschäftsführer als Beauftragter der Gesellschaft, so haften diese nicht für dessen unerlaubte Handlungen, da man annimmt, daß Delikte nicht in den Rahmen der Beauftragung fallen. Um eine Haftung der OHG und der Gesellschafter zu begründen, wird hier verlangt, daß die Gesellschafter bei der unerlaubten Handlung arglistigweise (frauduleusement) mitgewirkt haben. Das kann dadurch geschehen, daß die Gesellschafter den Geschäftsführer zur Begehung des Delikts ermächtigen, oder aber, daß sie dessen Handlung nachträglich genehmigen²⁾.

Betrachtet man den Geschäftsführer als préposé, so ergibt sich eine Haftung der OHG aus Art.1384 Abs.5 C.civ., d.h. eine Haftung des Geschäftsherrn für seinen Angestellten³⁾.

Wird schließlich der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft angesehen, eine Auffassung, die in der neueren Literatur vorherrscht, während die Rechtsprechung hierzu noch uneinheitlich ist⁴⁾, so gelten die unerlaubten Handlungen, die er in Ausübung seiner Funktion begeht, als solche der Gesellschaft. Die OHG haftet dann gemäß Art.1382 C.civ.⁵⁾

1) vgl. Escarra-Rault Nr.240; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.296

2) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.269; Lyon-Caen-Renault II,1, Nr.296

3) vgl. Pic-Kréher Nr.481; Thaller-Percey Nr.411; Lacour-Bouteron I Nr.304; Req.8.5.1940, JCP 1941.II.1610 (s.u. S.57 f.).

4) vgl. Bastian, Anm.zu Req.8.5.1940, JCP 1941.II.1610; Dalloz Rép.III aaO. Nr.87

5) vgl. obige Autoren, ferner Escarra-Rault Nr.227 u.240; Ripert aaO. Nr.604 u.685; Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd.II Nr.1986; Req.16.5.1927, S 1928.1.41 (Haftung der OHG für Handlungen eines geschäftsführenden Gesellschafters, die dazu dienten, Dritte über einschränkende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in Unkenntnis zu lassen).

II. Gebrauch der Firma

1. Vertretung der Gesellschaft durch den Geschäftsführer oder einen Gesellschafter

Normalerweise wird der Geschäftsführer, um anzuzeigen, daß er für die OHG und nicht für sich selbst handelt, die Firma verwenden. Nach der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Meinung ist jedoch der Gebrauch der Firma bei der Vertretung der OHG durch den Geschäftsführer keinesfalls notwendige Voraussetzung¹⁾.

Wenn der Geschäftsführer also eine Verbindlichkeit eingeht, ohne sich der Firma zu bedienen, so verpflichtet er die OHG einmal dann, wenn er erklärt hat, für deren Rechnung zu handeln. Er verpflichtet sie aber auch, wenn der Beweis, daß das Geschäft die OHG betrifft, erbracht werden kann entweder aus dem Inhalt des Vertrages, oder, falls ein solcher nicht vorliegt, aus den äußeren Umständen, besonders aus dem Gegenstand der Abmachungen. Schließlich wird auch eine Haftung der OHG begründet, wenn zwar die Firma nicht verwendet wurde, die Gesellschafter aber bei dem Rechtsgeschäft mitgewirkt oder ihre Unterschrift gegeben haben²⁾.

Die Beweislast obliegt in allen diesen Fällen dem Gläubiger, denn man kann vermuten, daß der Geschäftsführer, der sich nicht der Firma bedient, für eigene Rechnung handeln wollte³⁾.

Die Rechtsprechung bejaht in all den Fällen, in denen zwar lediglich die persönliche Unterschrift eines Gesellschafters gegeben wurde, es aber aus den Umständen ersichtlich ist, daß das Geschäft in Wirklichkeit nur die OHG betraf, stets die Haftung der Gesellschaft:

"Attendu qu'un engagement qui n'est signé que d'un seul associé, et qui ne contient pas le nom social, ne reste une dette étrangère à la société qu'autant qu'il n'est pas établi, d'une autre manière, qu'il a été souscrit pour le compte de cette société; mais lorsque cette preuve extrin-

1) vgl. Escarra-Rault Nr.238; Pic-Kréher Nr.459; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.290; a.A.: Thaller-Percerou Nr.407

2) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.269; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.290

3) vgl. Escarra-Rault Nr.238.

sèque est fournie, on doit y rattacher le caractère de solidarité qu'il exprimerait pour lui seul, s'il était signé de la raison sociale." 1)

Hier hatte ein mit der Liquidation der OHG beauftragter Gesellschafter im Laufe seiner Tätigkeit mehrere Wechsel mit seiner persönlichen Unterschrift akzeptiert. Als die Wechsel nicht eingelöst wurden, verklagte deren Inhaber die beiden Mitgesellschafter als mit dem Liquidator solidarisch haftend auf Zahlung der Wechselsumme. Diese wandten dagegen ein, daß sie gem. Art. 22 C.com. nicht solidarisch hafteten, da die Verbindlichkeit nicht unter der Firma eingegangen worden sei. Sie unterlagen in den unteren Instanzen, ihre Kassationsbeschwerde wurde verworfen²⁾.

In einer Reihe von Fällen, in denen die Gläubiger vorbrachten, daß sie den Umständen nach annehmen konnten, daß es sich bei den vom Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten um solche für die Gesellschaft handelte, verneinten die Gerichte jedoch eine Haftung³⁾.

1) C.A. Bordeaux, 30.5.1834, S 1834.2.469

2) Req. 19.11.1835, S 1836.1.132;

Weitere Urteile, in denen aus den Umständen des jeweiligen Falles auf eine Haftung der Gesellschaft geschlossen wurde: Req. 19.8.1846, S 1847.1.28 (Kauf eines Hauses durch den Gf. wird als für die Ges. getätigt angesehen);

Civ. 28.6.1865, D 1865.1.360 (Einbringung eines Handelsunternehmens in eine OHG durch einen Ger. bedeutet für dessen Gläubiger Übernahme der Verbindlichkeiten des eingebrachten Unternehmens durch die OHG);

C.A. Paris, 10.2.1854, J. Trib. com. 1854, 131 (Warenlieferung an eine Ges. und Bezahlung mit nur vom Gf. persönlich unterschriebenem Wechsel);

C.A. Bordeaux, 24.11.1854, D 1855.2.290 (Abschluß eines Mietvertrages für einen Geschäftsraum durch einen Ger. allein)

C.A. Riom, 20.3.1879, D 1880.2.4 (Von einem Ger. persönlich unterzeichneter Kaufvertrag).

3) Req. 8.6.1869, S 1869.1.428 (Keine Haftung für ein vom Gf. persönlich erlangtes Darlehen, das zur Abdeckung seiner Verbindlichkeiten der Ges. gegenüber verwendet worden war);

ebenso Req. 25.1.1903, D 1904.1.391, JS 1901, 368;

C.A. Lyon, 22.2.1822, D 1883.2.43 (Keine Haftung für das einigen Gesellschaftern vor der Gründung der OHG gewährte Darlehen, selbst wenn dieses für die Einbringung der Ges. anteile verwendet wurde und die Verzinsung von der OHG vorgenommen werden sollte).

Es muß jetzt noch die Frage geprüft werden, inwieweit ein Gesellschafter, der nicht vertretungsberechtigt ist, die OHG durch sein Handeln verpflichten kann.

Wenn der Gesellschafter im Namen der OHG handelt, ohne dazu ermächtigt zu sein, so wird diese dadurch nicht verpflichtet. Es ist Sache des Dritten, sich über die Vertretungsmacht desjenigen, mit dem er kontrahiert, zu informieren.

Die OHG haftet nur dann, wenn das Geschäft vom Geschäftsführer genehmigt wird oder wenn gem. Art.1864 C.civ. die Gesellschaft einen Gewinn aus der Sache gezogen hat¹⁾.

Handelt der Gesellschafter dagegen im eigenen Namen, so stellt sich die Frage, ob sein Vertragspartner, der nicht wußte, daß der Gesellschafter für die OHG handeln wollte, gegen diese direkt vorgehen kann, wenn sie aus dem Geschäft einen Nutzen gezogen hat.

Dieser direkte Anspruch wird allgemein abgelehnt, denn nach Art.1864 C.civ. muß der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, wenn der Dritte einen direkten Anspruch gegen diese soll geltend machen können. Der Dritte konnte aber hier von vornherein nur mit einer Verpflichtung seines Vertragspartners und nicht mit einem direkten Anspruch gegen die OHG rechnen. Es steht ihm also ein direkter Anspruch nur gegen den Gesellschafter zu.

Wenn dieser durch sein Handeln die OHG bereichert hat, so bekommt er einen Anspruch gegen diese. Diesen Rückgriffsanspruch kann auch der Dritte gegen die OHG geltend machen gem. Art.1166 C.civ., wonach der Gläubiger alle Rechte seines Schuldners ausüben und alle Ansprüche geltend machen kann, mit Ausnahme der höchstpersönlichen.

Lediglich dieser obligatorische Anspruch "de in rem verso" steht dem Dritten hier gegen die OHG zu. Diese haftet in dem Maße, als sie durch das Handeln des nichtvertretungsberechtigten Gesellschafters bereichert worden ist²⁾.

1) vgl. Gain et Delaisi aaO. Nr.55; Houpin-Bosvieux I Nr.267; Lyon-Caen-Renault II,¹ Nr.286 u.294; Lacour-Bouteron I/

2) vgl. Pic-Kréher Nr.550; Lyon-Caen-Renault II,¹ /Nr.303 Nr.294; C.A.Lyon, 22.2.1882, D 1883.2.43 (s.o. S.44 Anm.3).

2. Gebrauch der Firma begründet im Prinzip eine Haftung der Gesellschaft

Genügt es, um eine Haftung für die OHG zu begründen, daß der Geschäftsführer eine Verbindlichkeit unter der Firma eingegangen hat? Oder muß es nicht vielmehr den Gesellschaftern erlaubt sein, den Beweis zu erbringen, daß das Handeln des Geschäftsführers in Wirklichkeit nur ihn selbst betraf, die OHG daher also von jeder Verpflichtung frei wird?

Es ist im Prinzip unbestritten, daß der Geschäftsführer durch den Gebrauch der Firma die OHG verpflichtet¹⁾. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Art.22 C.com.; zum anderen verlangt aber auch die Kreditfähigkeit der OHG, daß diese für die von einem Geschäftsführer unter ihrem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten einsteht, selbst für den Fall, daß der Geschäftsführer im eigenen Interesse gehandelt hat.

Wenn die OHG sich nämlich ohne weiteres den scheinbar regelmäßig eingegangenen Verpflichtungen entziehen könnte mit dem Vorwand, daß diese sie nicht beträfen, dann fänden sich die Gläubiger nur allzu oft irregeführt und würden in Zukunft nicht mehr mit dieser Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen treten²⁾.

Da die Gläubiger im allgemeinen nicht wissen können, wen die Handlung des Geschäftsführers in Wirklichkeit betrifft, müssen Gesellschaft und Gesellschafter für den Fall, daß der Geschäftsführer einen Mißbrauch der Firma begangen hat, den entstandenen Schaden tragen. Die gutgläubigen Gläubiger trifft kein Verschulden³⁾.

Dieser Grundsatz, der zwar in einer Reihe von Entscheidungen als obiter dictum erscheint, wird aber nur in wenigen, z.T. sehr umstrittenen Urteilen des Kassationshofes rigoros

1) vgl. Escarra-Rault Nr.239; Houpin-Bosvieux I Nr.269; Thaller-Percerou Nr.412; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.292; Lacour-Bouteron I Nr.301; ferner Percerou, Des abus de la raison sociale, in Annales dr.com. 1898, S.118 ff.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.269; Percerou aaO. S.120

3) vgl. Lyon-Caen, Anm. zu Civ.11.7.1899, S 1900.1.5.

angewendet. Der Kassationshof stützt sich dabei in erster Linie auf den Art.22 C.com., wonach alle unter der Firma eingegangenen Verbindlichkeiten zu einer solidarischen Haftung der Gesellschafter führen¹⁾.

In anderen Urteilen erfährt der Grundsatz Einschränkungen. So hebt die Rechtsprechung, die sich in all diesen Fällen stark von Billigkeitserwägungen leiten läßt²⁾, darauf ab, ob der Gläubiger gut- oder bösgläubig war, ferner ob er annehmen konnte, daß die OHG ein Interesse daran hatte, für die persönlichen Schulden ihres Geschäftsführers einzustehen und schließlich, inwieweit die OHG bei Mißbrauch der Firma oder Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis den Dritten für diese Fälle Haftungsausschließungsklauseln der Statuten entgegenhalten kann³⁾.

B. Die verschiedenen Möglichkeiten einer Haftungsbegründung

I. Mißbrauch der Firma und Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis

1. Mißbrauch der Firma

Hier kann man von folgendem Grundtatbestand ausgehen: Der Geschäftsführer nimmt unter Verwendung der Firma, aber für seine persönlichen Zwecke, eine Handlung vor, die an sich in den Bereich seiner Geschäftsführungsbefugnisse fällt. Diese Handlung verpflichtete die OHG, wenn sie für deren Rechnung vorgenommen würde. Wie steht es aber mit der Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter, wenn der Geschäftsführer in seinem persönlichen Interesse handelt, also ein Mißbrauch der Firma vorliegt?

1) Civ.11.5.1836, S 1836.1.711 u. Req.22.4.1845, S 1845.1.341 (Haftung eines Ger. für Wechselverbindlichkeiten, die sein Mitger. für persönliche Zwecke unter der Firma eingegangen hatte); Req.7.5.1851, S 1851.1.321 (Vergleichsverwalter kann den Gegenwert von Wechseln, die von einem Ger. für sich unter der Firma akzeptiert und von der Ges. eingelöst worden sind, später nicht mehr zurückfordern).

2) vgl. auch Percerou aaO. S.143 f.

3) s. dazu im einzelnen Abschnitt B.

Wie schon dargelegt, wird vermutet, daß der Geschäftsführer, wenn er sich der Firma bedient, in seiner Eigenschaft als Vertreter der OHG handelt, so daß Dritte zu der Annahme berechtigt sind, daß die Gesellschaft dadurch auch verpflichtet wird. Die OHG kann den Dritten nicht wirksam entgegenhalten, der Geschäftsführer habe sich der Firma zu seinen persönlichen Zwecken bedient, vielmehr wird die Gesellschaft nach überwiegender Ansicht von Lehre¹⁾ und Rechtsprechung verpflichtet. Dabei kommt es, solange keine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnisse vorliegt, nicht darauf an zu unterscheiden, ob es sich um einen Akt der laufenden Geschäftsführung handelt oder um einen Akt, der gar nicht in den Bereich der Gesellschaftstätigkeit fällt²⁾.

Die Rechtsprechung verlangt jedoch als Voraussetzung für eine Haftung der OHG, daß derjenige, der diese Haftung geltend macht, gutgläubig war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts mit dem Geschäftsführer.

Nach dem im Handelsrecht geltenden objektiven Begriff des guten Glaubens ist aber hier nur bösgläubig, wer wußte, daß der Geschäftsführer die Absicht hatte, die Firma im Gegensatz zu ihrer eigentlichen Bestimmung für persönliche Zwecke, die der Gesellschaft vollkommen fremd sind und für diese einen Schaden bedeuten, zu verwenden. Der Dritte hat hier weitgehend an dem Mißbrauch der Firma mitgewirkt und kann daher von der OHG die Erfüllung des Vertrages nicht verlangen³⁾.

Es genügt also nicht, um den Dritten für bösgläubig zu halten, daß diesem die Verwendung des Geldes bekannt war oder daß er gewußt hat, daß das Geschäft im persönlichen Interesse des Geschäftsführers abgeschlossen wurde. Vielmehr wird verlangt, daß der Dritte von der schädigenden Wirkung

-
- 1) vgl. Escarra-Rault Nr.239; Hamel-Lagarde Nr.466; Ripert aaO. Nr.742; Pic-Kréher Nr.461; Houpin-Bosvieux I Nr.269; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.249; Lacour-Bouteron I Nr.301.
 - 2) vgl. Dalloz Rép.III, sub verbo Société en nom collectif Nr.69; Beudant, Anm. zu Req.10.12.1878, D 1879.1.5(7).
 - 3) vgl. Dalloz Rép.III aaO. Nr.70; Arthuys I Nr.249.
Zum objektiven Begriff des guten Glaubens vgl. Ripert aaO. Nr.65.

des Geschäftes für die OHG sichere Kenntnis hatte. So haftet die OHG z.B. auch dann, wenn der Geschäftsführer Wechsel unter der Firma akzeptiert für Beträge, die er für sich verwendet, selbst wenn dem Aussteller dies nicht entgehen konnte. Da die Kreditwürdigkeit der OHG eng mit der des Geschäftsführers verbunden ist, durfte der Dritte mit gutem Glauben davon ausgehen, daß auf Grund besonderer interner Vereinbarungen die persönliche Verbindlichkeit des Geschäftsführers von der OHG übernommen wurde¹⁾ oder daß der Geschäftsführer ermächtigt war, sich der Firma für seine eigenen Angelegenheiten zu bedienen²⁾.

Die OHG haftet demnach immer dann, wenn nicht eindeutig nachgewiesen werden kann, daß der Dritte die vom Geschäftsführer begangene mißbräuchliche Verwendung der Firma auch wirklich gekannt hat. Die Beweislast für den bösen Glauben obliegt der Gesellschaft. Der Beweis kann mit allen vom Gesetz zugelassenen Mitteln geführt werden³⁾.

Wenn der Dritte jedoch bösgläubig im oben bezeichneten Sinn ist, dann haftet die Gesellschaft nicht. So entschied der Kassationshof in einem Fall, wo ein Bankier aus dem Liquidationserlös einer OHG den Gegenwert von mehreren von einem inzwischen verstorbenen Gesellschafter unter der Firma akzeptierten Wechseln verlangte. Der überlebende Gesellschafter wies jedoch nach, daß die Wechsel für Spekulationsverluste des Gesellschafters ausgestellt worden waren und daß der Bankier dies auch wußte und begünstigt habe. In den Vorinstanzen war der Bankier schon abgewiesen worden. Der Kassationshof urteilte ebenso:

"Attendu que cette décision est vainement critiquée par le pourvoi; ... que le créancier qui a prêté son concours à des opérations qu'il savait étrangères à la société, ne peut pas plus se soustraire aux conséquences de sa mauvaise foi vis-à-vis des membres d'une société... Rejette." 4)

1) Req.21.2.1860, S 1860.1.415; D 1860.1.121; C.A.Aix, 28.11.1901, JS 1903, 264.

2) Trib.com.Lyon, 18.7.1896, JS 1897, 84; Trib.com.Arras, 19.6.1908, J.Trib.com.1909, 840; Trib.com.Seine, 7.10.1919, JS 1921, 500; RS 1922, 222.

3) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.269, S.319; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.292.

4) Req.27.3.1911, RS 1912, 9 (10); vgl. auch: ...

2. Sicherung gegen Mißbrauch der Firma durch Haftungs- ausschließungsklauseln

Da sich die OHG bei Mißbrauch der Firma nur dann von der Haftung befreien kann, wenn es ihr gelingt, zu beweisen, daß der Dritte, der die Haftung geltend macht, bösgläubig war, hat die Praxis versucht, eine Abhilfe zu schaffen:

In den Gesellschaftsvertrag wird eine Klausel aufgenommen, in der zum Ausdruck gebracht wird, daß die Gesellschaft jede Haftung ablehnt für alle vom Geschäftsführer unter der Firma abgeschlossenen Geschäfte, die dem Gesellschaftszweck fremd sind.

Über die Gültigkeit solcher Klauseln gehen die Meinungen in Lehre und Rechtsprechung auseinander:

In einer Reihe von Urteilen wird die Gültigkeit dieser Klauseln auch gegenüber gutgläubigen Dritten bejaht, wenn folgende zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Klausel muß nach den für den Gesellschaftsvertrag maßgeblichen Publizitätsvorschriften veröffentlicht worden sein.

2. Die Klausel darf sich nicht nur auf die Beziehungen der Gesellschafter untereinander beschränken, sondern sie muß ausdrücklich auch die Geltung für das Verhältnis zwischen OHG und Dritten erwähnen¹⁾.

So entschied die C.A. Douai mit Urteil vom 7.3.1899 folgendermaßen²⁾:

In einem gerichtlichen Liquidationsverfahren über das Vermögen der OHG V. & P. meldete das Bankhaus L.-N. eine Forderung aus 4 von ihr diskontierten Wechseln, die auf die OHG

- .. Req.24.1.1853, D 1853.1.12 (Hingabe eines Schuldscheins der Ges. für Privatverbindlichkeiten des Gf.);
Req.26.4.1906, D 1908.1.500 (Rückforderung des Gegenwertes von mißbräuchlich akzeptierten und von der Ges. eingelösten Wechseln durch den Konkursverwalter einer OHG);
Civ.16.3.1910, S 1912.1.519 (Keine Einlösung von mißbräuchlich akzeptierten Wechseln, deren Gegenwert dem Gf. auf einem Privatkonto gutgeschrieben worden waren);
C.A.Lyon, 21.6.1911, JS 1913, 226 (Erwerb von Aktien durch den Gf. gegen Hingabe von Wechseln);
C.A.Amiens, 7.4.1914, JS 1915, 39 (Regulierung von Börsengeschäften des Gf. mit Ges.mitteln)

1) vgl. dazu Pic-Kréher Nr.463; Lacour-Bouteron I Nr.301

2) S 1901.2.7

gezogen und von dem Gesellschafter V. unter der Firma akzeptiert worden waren, an. Der Liquidator wies diese Forderung ab. Er begründete dies damit, daß nach dem Gesellschaftsvertrag eine von einem der Gesellschafter unter der Firma eingegangene Verbindlichkeit nur dann für die OHG gültig sein solle, wenn sie dem Gesellschaftszweck entspräche und auch das jeweilige Grundgeschäft genau bezeichnete. Dies sei hier nicht der Fall. Die Wechsel beträfen die OHG in keiner Weise und müßten daher von dem Gesellschafter, der sie akzeptiert hatte, selbst eingelöst werden. Das Bankhaus klagte darauf seine Forderung ein und wurde in dem Liquidationsverfahren der OHG und des Gesellschafters P. zugelassen. Dagegen legte der Liquidator der OHG Berufung ein. Das Berufungsgericht prüfte zunächst die Haftungsschließungsklausel des Gesellschaftsvertrages:

"Attendu que la volonté des associés n'est pas douteuse; qu'ils ont voulu écarter du passif de la société toute obligation ou dette que l'un des associés aurait pu créer pour des causes étrangères à la société elle-même, sans distinction aucune, alors même que cet associé aurait fait usage de la signature sociale; que la seule question est donc de savoir si cette clause restrictive du contrat de société se limite aux associés entre eux, ou si elle s'étend encore aux tiers, de telle sorte que le porteur de bonne foi ne puisse être admis au passif de la société, lorsque la dette dont il argumente n'a pas été créée dans l'intérêt social, bien qu'elle soit certifiée par la signature de la société." (S.7)

Das wurde bejaht, ebenso die vorschriftsmäßige Veröffentlichung der Klausel gem. Art.55 des Gesetzes vom 24.7.1867. Dieses Gesetz sei zum Schutze außenstehender Dritter geschaffen worden, führt das Gericht aus, damit sich diese, bevor sie mit einer Gesellschaft kontrahieren, über alle Klauseln des Gesellschaftsvertrages, die ihnen gegebenenfalls von der Gesellschaft entgegengehalten würden, informieren können.

"Mais attendu que la loi s'est occupée encore de l'intérêt des sociétés elles-mêmes; qu'il faut reconnaître, par voie de réciprocité tout au moins, que, si les tiers peuvent se prévaloir du défaut de publicité pour ne pas respecter les clauses des statuts non publiées, ces clauses leur sont opposables, quand elles ont été dûment publiées; alors, en effet, les tiers ne peuvent, en droit, invoquer leur ignorance de ces clauses qu'ils devaient avoir connues." (S.7)

Der Aussteller der Wechsel sei der OHG unbekannt. Sie habe niemals Geschäfte mit ihm getätigt und für die Wechsel auch

weder Waren noch den Gegenwert in Zahlungsmitteln erhalten. Auch lasse die Bemerkung auf den Wechseln das Grundgeschäft nicht eindeutig erkennen. Das Vordergericht habe daher zu Unrecht die Zulassung der Forderung der Bankiers in dem Liquidationsverfahren der OHG und des anderen Gesellschafters verfügt.

Die Kassationsbeschwerde des Bankhauses wurde verworfen¹⁾.

In einer Reihe von Urteilen stellten die Gerichte nicht so sehr auf die oben erwähnten zwei Voraussetzungen ab, sondern stützten die Entscheidungen, die jeweils eine Haftung der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter verneinen, auf die Gesamtheit aller Fakten des Falles, wobei auch die Bösgläubigkeit des Dritten beachtet und gewertet wird²⁾.

In einigen Urteilen schließlich wird die Haftung der Gesellschaft zwar bejaht, die Gültigkeit der Klauseln jedoch allgemein anerkannt. In diesen Fällen wiesen die Haftungsausschlussklauseln verschiedene Mängel auf, die ausreichen, um ihre Anwendbarkeit zu verneinen³⁾.

- 1) Req.5.11.1900, S 1901.1.127; D 1902.1.5; vgl. auch: Civ.22.12.1874, S 1875.1.104; D 1875.1.255; C.A.Lyon, 20.3.1895, RS 1895, 626; C.A.Paris, 27.7.1898, JS 1899, 360; (In allen 3 Urteilen handelt es sich um die Einlösung von Wechseln, die der Gf. entgegen den vorschriftsmäßig publizierten Bestimmungen des Ges.vertrages akzeptiert hatte. Keine Haftung der Ges.) C.A.Paris, 18.12.1903, RS 1903, 328 (Keine Bürgenhaftung der Ges. für eine Bürgschaft, die ein Gf. einem Dritten unter der Firma gegeben hatte).
- 2) Req.26.4.1906, D 1908.1.500; JS 1907, 72; Civ.16.3.1910, S 1912.1.519; J.Trib.com.1911,534; C.A.Amiens, 16.2.1901, D 1904.1.391, unter Req.26.1.1903; C.A.Amiens, 7.4.1914, JS 1915, 39; Trib.com.Seine, 29.10.1912, J.Trib.com.1915, 40; (Der Dritte kannte in allen Fällen die Verwendung des Geldes für persönliche Zwecke des Gesellschafters.) C.A.Paris, 29.3.1923, J.Trib.com. 1924, 309 (Der Dritte hätte erkennen müssen, daß das mit dem Gf. getätigte Geschäft dem Unternehmenszweck vollkommen fremd war); Trib.com.Seine, 17.4.1907, J.Trib.com. 1909, 51 (Der Dritte mußte wissen, daß der Gf. nicht befugt war, Wechsel, die einen bestimmten Betrag überschreiten, alleine zu akzeptieren).
- 3) C.A.Rouen, 16.7.1877, J.Trib.com. 1878, 162; C.A.Douai, 9.5.1885, RS 1885, 708; C.A.Bordeaux, 22.1.1906, JS 1906, 315; (In allen Fällen waren die Klauseln nicht eindeutig formuliert.)

In der Rechtslehre wird die Wirksamkeit der Haftungsausschließungsklauseln nur von einigen wenigen Autoren befürwortet. Lacour-Bouteron¹⁾ vertreten die Ansicht, die Klauseln könnten gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden, wenn sie den oben erwähnten Anforderungen entsprechen.

Pic-Kréher²⁾ sind derselben Auffassung. Gain et Delaisi³⁾ verlangen als einzige Voraussetzung für die Gültigkeit solcher Klauseln deren Veröffentlichung.

Die Gegner dieser Klausel führen vor allem die durch sie hervorgerufene Unsicherheit im Geschäftsverkehr an. Ließe man die Klauseln allgemein zu, so würden sie bald üblich werden und Dritte könnten nicht mehr mit voller Sicherheit mit dem Geschäftsführer einer OHG kontrahieren. Sie müßten sich vielmehr dauernd vergewissern, ob der Geschäftsführer den Unternehmenszweck auch beachte. Diese Unsicherheit würde schließlich zu einer schweren Schädigung des Kredites der OHG führen⁴⁾.

In der Rechtsprechung findet sich unter den höchstgerichtlichen Entscheidungen keine, die eindeutig die Haftungsausschließungsklauseln als solche ablehnt. Der Kassationshof kann sich einer Stellungnahme, die gleichzeitig richtungsweisend für die unteren Gerichte wäre, dadurch entziehen, daß er die Untersuchung der streitigen Klauseln durch die tatsächlichen Feststellungen der Vordergerichte als erledigt betrachtet. Daraus erklärt sich wohl auch die uneinheitliche Rechtsprechung auf diesem Gebiet.

Im folgenden Fall, in dem wiederum ein Gesellschafter unter der Firma Wechsel für Privatverbindlichkeiten akzeptiert hatte, wurde die Gültigkeit einer vorschriftsmäßig publi-

1) Bd. I Nr. 301

2) Nr. 463

3) aaO. Nr. 58: "Dès l'instant que tout le monde reconnaît la possibilité de restreindre les pouvoirs normaux des gérants par une clause expresse des statuts, dûment publiée, nous ne voyons pas de raison suffisante pour en excepter la clause tendant à réprimer l'abus de raison sociale." vgl. auch Arthuys I Nr. 250

4) vgl. Percerou aaO. S. 132; Hamel-Lagarde Nr. 466; Thaller-Percerou Nr. 412; Houpin-Bosvieux I Nr. 269; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 293

zierten und eindeutig formulierten Haftungsausschlussklausel verneint¹⁾:

"Considérant que, si l'acte de la Société T. porte dans son article 4 que tout engagement étranger aux affaires de la société, souscrit par l'un des associés, n'engagera pas la société, cette stipulation n'affecte que les relations des associés entre eux, qui se doivent compte réciproquement de l'usage qu'ils auront fait de la signature sociale, mais ne saurait invalider le titre du sieur P., revêtu de la signature sociale donnée par celui qui avait pouvoir de la donner ...

Considérant que la connaissance donnée aux tiers par publication régulière des clauses et conditions qui régissaient la société..., ne porte pas atteinte aux droits du sieur P., si l'on n'apporte pas en même temps la preuve de la mauvaise foi de celui-ci; que, s'il suffisait, en effet, pour annuler les engagements pris sous la raison sociale, d'invoquer, comme dans l'espèce, la clause de l'art. 4 de l'acte de société et la publicité qui lui a été donnée sans autre preuve de la connivence des tiers, ceux-ci, menacés de collusions et impuissants à surveiller l'emploi des fonds versés sous le couvert de la signature sociale, refuseraient de contracter avec les associés, et la masse des affaires se trouverait ainsi paralysée." (S.158)

OHG und Gesellschafter haften hier also für die unter der Firma eingegangenen Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters, obwohl sie sich durch die Haftungsausschlussklausel ausdrücklich für solche Fälle sichern wollten. Der Klausel wird Wirksamkeit nur im Verhältnis der Gesellschafter untereinander zugesprochen. Auch wird die Tatsache, daß die Klausel vorschriftsmäßig veröffentlicht worden war, nicht zugunsten der OHG ausgelegt. Es müßte zumindest Bösgläubigkeit des Dritten nachgewiesen werden. Dabei bleibt die Frage unbeantwortet, warum die Klausel überhaupt veröffentlicht wurde, wenn sie nur im Innenverhältnis gelten soll.

So stützt sich denn auch die Kassationsbeschwerde der Unterlegenen nur auf die Verletzung der Art.1134, 1145 C.civ. und auf falsche Anwendung des Art.22 C com. Aber gerade auf die falsche Anwendung des Art.22 C com. geht der Kassationshof dann gar nicht ein. Er beschränkt sich vielmehr auf die Feststellung, daß die streitige Klausel des Gesell-

1) C.A.Paris, 10.8.1880, unter Req.22.6.1881, S 1883.1.158; D 1882.1.183

schaftsvertrages vom Tatrichter in dem Sinne hat interpretiert werden können, daß sie der in Anspruch genommenen Gesellschaft ein Rückgriffsrecht gegen den Gesellschafter, der sich mißbräuchlich der Firma bedient hat, zubilligt¹⁾.

Betrachtet man die Ergebnisse, zu denen die verschiedenen Urteile hinsichtlich der Gültigkeit der Haftungsausschließungsklauseln gelangen, so ergibt sich folgendes:

Die Rechtsprechung ist auf diesem Gebiet keineswegs einheitlich, eine herrschende Meinung zeichnet sich nicht ab. Deutlich erkennbar ist jedoch die Tendenz, das Interesse gutgläubiger Dritter dem der Gesellschaft voranzustellen, da es für den Außenstehenden oft sehr schwer ist, festzustellen, ob der Geschäftsführer einer OHG nun seine Vertretungsmacht für persönliche Zwecke mißbraucht oder nicht²⁾.

So ist also die Rechtsprechung auf diesem Gebiet stark von Billigkeitserwägungen geleitet, denn "il est difficile de préconiser à cet égard une solution de principe"³⁾.

Wie weit eine Haftungsausschließungsklausel bei Mißbrauch der Firma gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam ist, bleibt daher in erster Linie eine Frage des einzelnen Falles.

1) Weitere ablehnende Urteile:

C.A.Lyon, 23.3.1892, JS 1893, 126;

C.A.Lyon, 30.7.1904, JS 1905, 372;

Trib.com.Lyon, 26.1.1906, JS 1907, 182;

(Klausel bleibt auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern beschränkt)

C.A.Paris, 25.6.1906, JS 1907, 36 (Haftung, da die Firmenzeichnung im Gesellschaftsvertrag nicht genau festgelegt war und das Geschäft seiner Art nach hätte für die Gesellschaft abgeschlossen sein können)

Trib.com.Marseille, 5.5.1914, JS 1915, 310 (Haftung der Gesellschaft bei Warenlieferung an den Geschäftsführer persönlich. Die Bestellung war unter Mißbrauch der Firma auf Geschäftsbogen erfolgt)

- 2) "La jurisprudence a conscience que pratiquement cette solution s'impose. Quant aux moyens de droit qu'elle invoque pour la justifier, peut-être est-il possible d'en trouver de meilleurs, qui aient une portée plus générale et soient moins des expédients d'espèce." Percerou aaO. S.133 Anm.2

- 3) Escarra-Rault Nr.239; vgl. Percerou aaO. S.143

3. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis

Der Geschäftsführer einer OHG kann seine Befugnisse einmal dadurch überschreiten, daß er im Namen der Gesellschaft, aber ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter, eine Handlung vornimmt, für die es nach den Statuten der OHG der Zustimmung bedürfte, oder aber eine Handlung, die vorzunehmen ihm überhaupt verboten ist. Hierbei wird normalerweise davon ausgegangen, daß er nicht nur im Namen, sondern auch im Interesse der OHG handelt¹⁾.

Wie weit haften in diesem Fall Gesellschaft und Gesellschafter und wie weit können Klauseln des Gesellschaftsvertrages, die den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis festlegen, Dritten entgegengehalten werden?

Der Inhalt der Klauseln muß eindeutig darauf hinweisen, daß die OHG die Haftung auch Dritten gegenüber ausschließt²⁾. Bösgläubigen Dritten kann eine solche Klausel, selbst wenn sie nicht publiziert worden ist, jederzeit entgegengehalten werden³⁾.

Wenn die Gesellschafter die Handlung des Geschäftsführers ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt haben, haftet die Gesellschaft⁴⁾. Ebenso haftet sie in dem Maße, als sie durch das vom Geschäftsführer abgeschlossene Geschäft bereichert worden ist auf Grund der *actio de in rem verso*⁵⁾.

In allen anderen Fällen kommen Lehre⁶⁾ und Rechtsprechung⁷⁾

1) vgl. Lacour-Bouteron I Nr.302; Thaller-Percerou Nr.412

2) Req. 22.6.1881, S 1883.1.158

3) Req. 31.10.1887, D 1888.1.472

4) Req. 16.8.1875, D 1876.1.422; C.A.Bordeaux, 22.1.1906, JS 1906, 315

5) Req. 7.7.1868, D 1869.1.319; Req. 8.6.1869, S 1869.1.428

6) vgl. Hamel-Lagarde Nr.466; Escarra-Rault Nr.235; Pic-Kréher Nr.479; Houpin-Bosvieux I Nr.268; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.287, 287bis, 288; Lacour-Bouteron I Nr.302; "La solution repose sur la nature contractuelle de la société en nom collectif: le gérant ne saurait avoir plus de pouvoirs que ceux que lui confère le pacte social; elle est également commandée par les répercussions des engagements sociaux sur les biens personnels des associés; étant tenus indéfiniment et solidairement du passif social, les associés doivent avoir la faculté de limiter les pouvoirs du gérant et en exclure les actes qu'ils trouvent dangereux." Dalloz Rép.III, aa0. Nr.109.

zu dem Ergebnis, daß die OHG für Handlungen des Geschäftsführers, die eine Überschreitung seiner Befugnisse darstellen, grundsätzlich nicht haftet.

Dafür ist aber erforderlich, daß sämtliche Einschränkungen der normalen Geschäftsführungsbefugnisse nach den gesetzlichen Bestimmungen (Art.57 u.61 des Gesetzes vom 24.7.1867) veröffentlicht worden sind.

Das bedeutet für denjenigen, der mit dem Geschäftsführer einer OHG kontrahieren will, daß er sich stets über das Ausmaß von dessen Befugnissen informieren muß, was dem raschen Ablauf des Geschäftslebens und vor allem der Kreditwürdigkeit der OHG nicht förderlich ist. Es läßt sich daher in neuerer Zeit eine gewisse Strenge der Gerichte hinsichtlich der Beachtung der Publizitätsvorschriften erkennen¹⁾.

In seinem Urteil vom 8.5.1940²⁾ versucht der Kassationshof eine Haftungskonstruktion, die im Schrifttum allgemein abgelehnt wird. Es handelt sich um einen Fall, in dem Mißbrauch der Firma und Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis vereint sind.

V., einer der beiden Gesellschafter der OHG "Nouvelle et Cie", hatte von T. ein Darlehen erhalten. Der Vertrag war unter der Firma abgeschlossen worden, obwohl nach den vorschriftsmäßig publizierten Gesellschaftsstatuten jede Darlehensaufnahme der Mitwirkung beider Gesellschafter bedurfte. Der Darlehensgeber hatte geglaubt, das Darlehen sei

7) Civ.22.12.1874, S 1875.1.104; D 1875.1.255; Req.27.10.1924, RS 1925, 108 (Keine Haftung für Einlösung von Wechseln, deren Akzeptierung dem Gf. verboten war); Dagegen Haftung trotz publizierter Klausel, wenn ein Ger. bewußt versucht hat, den Dritten in Unkenntnis darüber zu lassen (Req.16.5.1927, S 1928.141), oder wenn die Klausel des Ges.vertrages mit der Eintragung im Handelsregister nicht übereinstimmt (C.A.Paris, 6.7.1936, DH 1936, 482). Ebenfalls Haftung bei Unterzeichnung von Wechseln durch nur einen Ger., obwohl 2 Unterschriften erforderlich waren, da die Form des Akzepts der im Gesetz vorgesehenen und allgemein üblichen entsprach und zudem nicht bewiesen werden konnte, daß die Ges. an dem Geschäft nicht profitiert hatte (Trib.com.Seine 8.5.1931, GP 1931.2.213).

1) vgl. C.A.Paris, 6.7.1936, o.S.56 Anm.7.

2) Req.8.5.1940, JCP 1941.II.1610; GP 1940.2.85

für die OHG bestimmt und hatte diese und den anderen Gesellschafter, nachdem V. die Rückzahlung nicht geleistet hatte, auf Zahlung verklagt. Der Kassationshof bestätigte das Urteil des Vordergerichtes wie folgt:

"Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que V., pour contracter l'emprunt consenti par T., s'est présenté comme étant le préposé de la Société N., usant ainsi abusivement de cette raison sociale et des fonctions qui lui avaient été confiées; que, dans ces conditions, la Cour d'appel a pu déduire des circonstances de la cause que la disposition des statuts relative à la réalisation des emprunts ne pouvait faire échec à la responsabilité encourue par la société, sur le fondement de l'art. 1384 du Code civil, du fait de son préposé."

Die Kassationsbeschwerde der OHG hatte u.a. eine Verletzung des Art.22 C.com. angeführt, da die Vorinstanz ihr Urteil auch darauf gestützt hatte. Aber der Kassationshof ging weder auf diese Frage ein, noch prüfte er, ob die Klausel Dritten entgegengehalten werden kann. Er verwarf die Kassationsbeschwerde unter Bezugnahme auf die Feststellung des Berufungsgerichts, daß sich der Gesellschafter als Angestellter der OHG ausgegeben habe und diese daher gem. Art.1384 C.civ. für ihn hafte, ohne dabei zu der umstrittenen Frage, welche Stellung dem Geschäftsführer einer OHG zukomme, die eines Angestellten, eines Beauftragten oder eines Organs, Stellung zu nehmen¹⁾.

Die Tendenz dieses Urteils ist folgende: Man läßt die OHG für die "actes dolosifs" ihres Geschäftsführers haften auf Grund der Vorschriften der Art.1382 ff. C.civ. Auf diese Weise erübrigt sich eine Feststellung, ob eine vertragliche Haftung der Gesellschafter für das Tun des Geschäftsführers gegeben ist oder nicht.

Dieser Lösung liegen Billigkeitserwägungen zugrunde. Der gutgläubige Dritte soll geschützt werden. Die Kritik gegen das oben angeführte Urteil richtet sich daher auch nicht so sehr gegen den angestrebten Schutz des Dritten, als viel-

1) "Il suffirait ainsi de prendre une qualité non démontrée pour engager la responsabilité du prétendu commettant! C'est oublier que le jeu de l'article 1384 suppose l'existence effective d'un lien de préposition."
Bastian, Anm. zu obigem Urteil in JCP 1941.II.1610.

mehr dagegen, daß man durch die Behandlung des Falles unter quasideliktischen Gesichtspunkten das eigentliche Problem, nämlich die Gültigkeit vorschriftsmäßig publizierter Klauseln, die die Geschäftsführungsbefugnisse in der Gesellschaft regeln, völlig übergeht¹⁾.

II. Übernahme von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters durch die Gesellschaft

1. Haftung bei Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft

Kann der Geschäftsführer einer OHG die Gesellschaft dadurch verpflichten, daß er sich selbst oder einem der Gesellschafter mit Gesellschaftsmitteln die Abdeckung von Privatverbindlichkeiten ermöglicht, vorausgesetzt, daß alle anderen Gesellschafter zugestimmt haben?

Der enge Zusammenhang zwischen der Kreditwürdigkeit der OHG und der eines Gesellschafters macht es oft zu einer zwingenden Notwendigkeit für die Gesellschaft, die persönlichen Verbindlichkeiten ihres Geschäftsführers oder eines Gesellschafters zu übernehmen, sei es, um dem Betreffenden die Einbringung seines Gesellschaftsanteils zu ermöglichen, sei es ganz allgemein zur Stützung seines Kredits, da seine etwaige Zahlungsunfähigkeit auch die OHG in Mißkredit bringen könnte²⁾.

In diesem Fall haften OHG und Gesellschafter für die Verbindlichkeiten, so lange die Gesellschaft zahlungsfähig ist und die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger dadurch keine Beeinträchtigung erfahren. Gesellschaft und Gesellschafter können sich einer Haftung hier nicht nachträglich mit dem Hinweis entziehen, daß es sich um eine Privatver-

1) "L'article 1384 ne doit pas servir à rendre inopérantes les clauses statutaires régulièrement publiées."
Hamel-Lagarde Nr.466;
vgl. auch Escarra-Rault Nr.235, die Anmerkungen zu obigem Urteil und Mazeaud et Tunc aaO. Bd.I Nr.15 bis.
Weitere Urteile, in denen die Tendenz, den Dritten zu schützen, deutlich zum Ausdruck kommt:
Civ.27.11.1929, GP 1930.1.44;
C.A.Paris, 28.1.1938, GP 1938.1.571.

2) vgl. Percerou aaO. S.144 f.

bindlichkeit handle. Obwohl die Übernahme einer Privatverbindlichkeit dem Gesellschaftszweck eigentlich zuwiderläuft, ist sie für die Gesellschaft verpflichtend, da eine Zustimmung aller Gesellschafter vorausgesetzt wird¹⁾.

2. Haftung nach Zahlungseinstellung

Hat jedoch die OHG ihre Zahlungen eingestellt und ist über ihr Vermögen Konkurs der *réglement judiciaire* eröffnet worden, dann haben die Gesellschaftsgläubiger das Recht, Ausschluß der aus der Übernahme von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters herrührenden Forderungen zu verlangen. Durch die Zulassung der Privatgläubiger eines Gesellschafters zum Konkurs der OHG würde sich die Konkursquote verringern, was eine Schädigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger zur Folge hätte. Diese können für sich in Anspruch nehmen, daß die von ihnen mit der OHG getätigten Geschäfte im Rahmen des Gesellschaftszweckes liegen. Da sich aus dem publizierten Gesellschaftszweck alle Handlungen, die die OHG vornehmen kann oder nicht, ableiten lassen, müssen sich diejenigen, die mit der OHG kontrahieren, darauf verlassen können, daß diese auch nur dem Gesellschaftszweck konforme Geschäfte tätigt. Wenn es lediglich von der Zustimmung aller Gesellschafter abhinge, daß die OHG beliebig betriebsfremde Verpflichtungen übernehmen könnte, dann gäbe es für Dritte, die mit ihr in Geschäftsbeziehungen treten wollen, vielfach keine Sicherheit. Die Gesellschafter könnten so die Gesellschaftsschulden willkürlich vergrößern. Das bedeutete aber ein Abweichen von den Vorschriften des Gesellschaftsvertrages oder deren Änderung, die entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht publiziert worden sind und daher Dritten auch nicht entgegengehalten werden können²⁾.

Der Konkursverwalter der OHG hat also das Recht, alle Ansprüche von Gläubigern, die sich nur in dem Verfahren mel-

1) vgl. Houpin-Bosvieux I Nr.269; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.292 bis

2) vgl. Lyon-Caen, Anm.zu Civ.11.7.1899, S 1900.1.5(6) und die oben Anm.1 zitierten Autoren.

den können, weil die Gesellschafter der Übernahme einer Privatverbindlichkeit eines Gesellschafters durch die OHG zugestimmt haben, abzulehnen.

Handelt es sich bei der von der OHG übernommenen Privatverbindlichkeit um eine solche, die die Einlage eines Gesellschafters betrifft, so stellt diese Übernahme unter Umständen eine unerlaubte Herabsetzung des Kapitals dar, die mangels Veröffentlichung den Gesellschaftsgläubigern nicht entgegengehalten werden kann¹⁾.

Von der Gesellschaft übernommene Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters, die nach der Gründung der Gesellschaft entstanden sind, können den eigentlichen Gesellschaftsgläubigern dann entgegengehalten werden, wenn es den anderen Gläubigern gelingt zu beweisen, daß die OHG ein Interesse an der Übernahme der Verbindlichkeit hatte. In diesem Fall können also auch diejenigen, die ursprünglich Privatgläubiger eines Gesellschafters waren, die solidarische Haftung von dessen Mitgesellschaftern geltend machen und ihre Forderung außer im Konkurs oder *règlement judiciaire* der OHG auch in den jeweiligen Verfahren aller Gesellschafter zur Tabelle anmelden²⁾.

C. Vergleich mit dem deutschen Recht

I. Die Regelung von Geschäftsführung und Vertretung nach deutschem Recht

1. Vorbemerkungen

Im deutschen Recht wird zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis scharf unterschieden. Erstere be-

- 1) Die französische OHG besitzt ein zwar beliebig festsetzbares, aber dann fixes Kapital, dessen Höhe und etwaige Belastungen publizitätspflichtig sind. vgl. *Gain et Delaisi* aaO. Nr.37; *Hamel-Lagarde* Nr.400.
- 2) vgl. *Civ.*14.12.1886 u. 28.5.1889, *D* 1890.1.385 (Übernahme von Verbindlichkeiten, mit der die Sacheinlage eines Gesellschafters belastet war); *Trib.com. Arras*, 19.6.1908, *J.Trib.com.* 1909, 840 (Keine Rückforderung einer von der Ges. für einen Ger. beglichenen Schuld, da der Gläubiger ein Interesse der Ges. an der Übernahme der Schuld annehmen konnte).

trifft das Verhältnis der Gesellschaft Dritten gegenüber, letztere regelt die "Betätigung der Gesellschaft im Verhältnis der Gesellschafter untereinander"¹⁾. Diese scharfe Trennung findet ihren Ausdruck in der gesetzlichen Regelung der OHG²⁾.

Im Gegensatz dazu findet man im französischen Recht eine solche Trennung nicht. Dort wird zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis normalerweise nicht unterschieden. Geschäftsführende Gesellschafter sind in jedem Fall auch vertretungsberechtigt.

Der Unterschied in der Betrachtungsweise wird für das vorliegende Thema dadurch weitgehend aufgehoben, daß die Fragen, die hier im Zusammenhang mit der Gesellschafterhaftung nach Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gestellt werden, in erster Linie doch solche sind, die sich aus dem Außenverhältnis ergeben. Insofern kann man sagen, daß sich die beiden Begriffe hier decken, denn jede Vertreterhandlung wird ja auch zu einem Akt der Geschäftsführung, da sie für die OHG und deren Gesellschafter rechtsgestaltende Wirkung hat³⁾.

Der Unterschied zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ist daher nicht im Tatbestand zu suchen, sondern in der Fragestellung. Wenn etwa im Zusammenhang mit der Gesellschafterhaftung die Frage nach einer Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis auftaucht, so ist das auch stets eine Frage nach der Vertretungsmacht. Denn wenn diese Frage hier gestellt wird, so ist jeweils ein Dritter, der mit der OHG kontrahiert hat, davon betroffen. Diesen interessiert aber normalerweise die Geschäftsführungsbefugnis als interne Angelegenheit der Gesellschaft nicht. Was ihm unter Umständen entgegengehalten werden kann, ist die mangelnde Vertretungsmacht eines Gesellschafters.

Nun findet sich im deutschen Recht aber nicht nur eine scharfe begriffliche Unterscheidung von Geschäftsführung

1) Weipert § 114 Anm.2

2) Geschäftsführung §§ 114 ff. HGB, Vertretung §§ 125 ff. HGB.

3) vgl. Weipert § 125 Anm.2

und Vertretung der OHG. Beide Begriffe sind auch eingehend geregelt, wobei die Vorschriften über die Geschäftsführung überwiegend dispositiver Natur sind, während die für die Vertretung der OHG geltenden Bestimmungen zwingendes Recht darstellen. Die Vertretung der OHG kann nur insoweit vom Gesetz abweichend geregelt werden, als dies der Gesetzgeber ausdrücklich zuläßt. Diese zwingenden Vorschriften dienen vor allem dem Schutz des redlichen Verkehrs.

Demgegenüber steht es im französischen Recht den Gesellschaftern einer OHG weitgehend frei, die Geschäftsführung der Gesellschaft in ihrem weitesten, also auch die Vertretung umfassenden Sinn, vertraglich so zu regeln, wie es ihnen am zweckmäßigsten erscheint. Die Gesellschafter haben so grundsätzlich die Möglichkeit, durch entsprechende Klauseln im Gesellschaftsvertrag jegliche Haftung für vom Geschäftsführer unter Mißbrauch der Firma oder Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis eingegangenen Verbindlichkeiten auszuschließen¹⁾.

2. Die Geschäftsführung²⁾

Die Geschäftsführungsbefugnis steht gem. § 114 I HGB allen Gesellschaftern zu, und zwar jedem für sich allein. Somit kann, falls nichts anderes vereinbart ist, jeder Gesellschafter jede in den Bereich der Geschäftsführung fallende Handlung vornehmen.

Gleichzeitig steht aber auch jedem geschäftsführenden Gesellschafter das Recht zu, gegen die Vornahme einer Handlung durch einen anderen Geschäftsführer Widerspruch einzulegen (§ 115 I HGB). Hinsichtlich dieses Widerspruchsrechts interessiert hier, inwiefern Dritte davon betroffen werden können, etwa in dem Sinn, daß die OHG ein mit einem Dritten

1) Wegen dieser weitgehend der freien vertraglichen Vereinbarung der Gesellschafter überlassenen Regelung der Beziehungen der OHG zu Dritten und der damit verbundenen möglichen Gefährdung der Ansprüche Dritter war eine ausführliche Darstellung der sich daraus ergebenden Probleme erforderlich. Das erübrigt sich jedoch für das deutsche Recht, da hier die Vertragsfreiheit der Gesellschafter im Interesse des Verkehrsschutzes beschränkt ist.

2) vgl. dazu im einzelnen Hueck S.69 ff.

trotz Widerspruchs abgeschlossenes Rechtsgeschäft nicht für sich gelten lassen will oder sich die Gesellschafter ihrer Haftung mit dem Hinweis auf den eingelegten Widerspruch zu entziehen versuchen.

Hier ist zunächst davon auszugehen, daß es im Verhältnis zu Dritten normalerweise nur auf die Vertretungsmacht ankommt. Diese kann aber durch einen Widerspruch gegen einen Akt der Geschäftsführung oder durch eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis nicht beeinträchtigt werden. Handelt es sich z.B. um einen Kaufvertrag, so ist die OHG verpflichtet, dem Dritten die Ware abzunehmen und den Kaufpreis zu bezahlen. Dasselbe gilt hinsichtlich der persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter. Im Innenverhältnis kann die OHG dann allerdings von dem Geschäftsführer verlangen, daß er ihr die Ware wieder abnimmt und den Kaufpreis ersetzt¹⁾.

Wenn der Dritte von dem Widerspruch vor Abschluß des Rechtsgeschäftes Kenntnis hatte, so schadet ihm das nicht. Wirkt er jedoch mit dem Gesellschafter arglistig zum Nachteil der OHG zusammen, dann kann ihm das entgegengehalten werden²⁾. Aber auch in einem solchen Fall wird die Begründung für die Unwirksamkeit des Geschäftes nicht mit dem Hinweis auf den Widerspruch gegen den Akt der Geschäftsführung, sondern u.a. mit einem Mißbrauch der Vertretungsmacht zu begründen sein.

Handelt der Gesellschafter in Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis, so berührt das den Dritten ebenfalls grundsätzlich nicht, da auch hier die Vertretungsmacht den Akt der Geschäftsführung deckt.

Man kann demnach sagen, daß nach deutschem Recht Überschreitungen der Geschäftsführungsbefugnis im Verhältnis zu Dritten keinerlei negative Wirkungen hervorrufen. Diese können "grundsätzlich die Verantwortlichkeit und Rechtfertigung wegen einer solchen Überschreitung der Geschäftsführungs-

1) vgl. Flechtheim § 115 Anm.6 f.; Schlegelberger-Geßler § 115 Anm.10; Weipert § 115 Anm.15.

2) vgl. Weipert § 115 Anm.15; Flechtheim § 115 Anm.7, § 126 Anm.9.

befugnis dem eigenmächtig handelnden Gesellschafter selbst überlassen" ¹⁾).

Dagegen bleiben im französischen Recht die Fragen der Geschäftsführungsbefugnis durchaus nicht auf das Innenverhältnis beschränkt. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis wird in den Statuten der OHG genau festgelegt, muß publiziert werden und hat dann gegebenenfalls auch Wirkung gegenüber Dritten. Zum Verständnis dieser vom deutschen Recht so abweichenden Regelung muß aber stets beachtet werden, daß dort der Geschäftsführer zugleich auch der Vertreter der OHG ist, daß also sein Handeln, sobald es aus dem innergesellschaftlichen Bereich heraustritt, immer auch Vertreterhandeln ist, während nach deutschem Recht die Geschäftsführung nur das Innenverhältnis betrifft. Insofern ist nach französischem Recht eine genaue Festlegung auch der Geschäftsführungsbefugnis und die Wirksamkeit aller Beschränkungen gegenüber Dritten wegen der besonderen Haftung der Gesellschafter sehr geboten.

3. Die Vertretung der Gesellschaft

Die Vertretung der OHG, die als solche nicht handlungsfähig ist, umfaßt alle Rechtsgeschäfte mit Dritten. Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, die im Rahmen der Vertretungsmacht vorgenommen werden, haben die Wirkung, die OHG zu berechtigen oder zu verpflichten ²⁾.

Wie im französischen Recht die rechtliche Stellung des Geschäftsführers, so ist im deutschen Recht die des vertretungsberechtigten Gesellschafters umstritten. Die einen sehen in ihm einen gesetzlichen Vertreter, die anderen einen Bevollmächtigten. Nach einer dritten Ansicht schließlich ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter ein Organ der OHG, "das seine Befugnisse aus der durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag festgelegten Verfassung der Gesellschaft herleitet" ³⁾. Dieser Streitfrage kommt aber hier keine Be-

1) Flechtheim § 126 Anm.9; vgl. auch Hueck S.186 f.

2) vgl. dazu im einzelnen Hueck S.173 ff.; Hill, Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters

3) Hueck S.173; vgl. Schlegelberger-Geßler § 125 Anm.2; Weipert § 125 Anm.7; Flechtheim § 125 Anm.2.

deutung zu, da bei der Anwendung der jeweiligen Normen zu prüfen ist, inwieweit sie überhaupt ihrem Zweck nach für den vertretungsberechtigten Gesellschafter passen¹⁾.

Um die OHG unmittelbar zu verpflichten, muß der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft handeln. Nach allgemeiner Ansicht ist jedoch der Gebrauch der Firma dafür kein unbedingtes Erfordernis. Es genügt vielmehr, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter erkennbar im Namen der OHG gehandelt hat. Eine Vertretung der OHG kann sich daher auch ergeben, wenn die Firma nicht verwendet wurde, es aber aus den Umständen ersichtlich ist, daß im Namen der Gesellschaft gehandelt werden sollte. Es besteht keine gesetzliche Vermutung, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei einem bestimmten Geschäft für die OHG und nicht im eigenen Namen gehandelt hat. Umgekehrt geht aus der Tatsache, daß ein Gesellschafter im eigenen Namen abgeschlossen hat, auch nicht unbedingt hervor, daß er das Geschäft für sich abgeschlossen hat. Es muß also jeweils aus den Umständen ermittelt werden, ob die OHG im Einzelfall verpflichtet worden ist oder nicht. Das geschieht in freier Beweiswürdigung durch die Gerichte. Dabei obliegt die Beweislast dem, der behauptet, daß im Namen der OHG gehandelt wurde²⁾.

Insoweit stimmt die Regelung der Vertretungsmacht in beiden Rechten überein. Während nun aber für die französische OHG die weitere Frage gestellt werden muß, ob der Gebrauch der Firma in jedem Fall eine Haftung der Gesellschaft begründet, oder ob es der OHG und den Gesellschaftern nicht vielmehr möglich ist zu beweisen, daß das Handeln des Geschäftsführers in Wirklichkeit nur ihn selbst betraf, erübrigt sich für das deutsche Recht eine solche Frage. Gemäß § 126 II HGB ist der Umfang der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unbeschränkbar. Wenn daher ein vertretungsberechtigter Gesellschafter unter der Firma eine Verbindlichkeit eingegangen hat, dann ist diese in jedem Fall verpflichtet, es sei denn, es läge der Fall einer Kollusion vor.

1) vgl. Weipert § 125 Anm.7; Hueck S.173 Anm.2.

2) vgl. dazu im einzelnen Schlegelberger-Geßler § 125 Anm.3; Weipert § 125 Anm.22; Flechtheim § 126 Anm.11.

Eine solche Haftung wird auch im französischen Recht im Prinzip bejaht, da der Art. 22 C.com. für alle Verbindlichkeiten der OHG, die unter der Firma eingegangen worden sind, die solidarische Haftung der Gesellschafter vorschreibt. Es wurde aber gezeigt, daß die Rechtsprechung diesen Grundsatz keineswegs unterschiedslos anwendet, daß vielmehr häufig auf die besonderen Umstände des Falles abgestellt wird.

Demgegenüber kann nach deutschem Recht einem Dritten, der mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter kontrahiert hat, nicht etwa entgegengehalten werden, daß der Gesellschafter zum Abschluß dieses Geschäftes nicht berechtigt war oder dergleichen. Alle solchen Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht sind Dritten gegenüber unwirksam. Der Dritte hat, wie schon dargelegt wurde, keine Pflicht, sich zu vergewissern, ob der Gesellschafter auch im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnisse handelt. "Es geht nicht an, eine solche Pflicht auf dem Umwege über die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht doch wieder einzuführen."¹⁾

Der Grundgedanke des § 126 HGB, nämlich Schutz des redlichen Verkehrs, findet aber dort seine Grenze, wo ein Mißbrauch der Vertretungsmacht vorliegt und der Dritte dies wußte. Wenn ein Gesellschafter nicht nur vertragswidrig, sondern seinen Mitgesellschaftern gegenüber auch bewußt unredlich handelt, der Dritte davon Kenntnis hatte, aber trotzdem mit dem Gesellschafter kontrahierte, so wird darin allgemein ein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen. Ein solches Zusammenwirken von Gesellschafter und Drittem zum Schaden der Gesellschaft (Kollusion) soll dieser gegenüber dem Dritten die Einrede arglistigen Verhaltens geben²⁾.

Umstritten ist jedoch, bis zu welchem Grade eine Mitwirkung des Dritten an dem Handeln des Gesellschafters erforderlich ist. Für den Mißbrauch einer Vollmacht ist in der Rechtspre-

1) Hueck S. 186 f.; so auch für die Prokura RG in JW 1935, S. 1084.

2) vgl. Hueck S. 185 ff.; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 22; Weipert § 126 Anm. 21; Flechtheim § 126 Anm. 9.

chung des Reichsgerichts anerkannt, daß der Dritte, dem der Mißbrauch erkennbar war, sich nicht auf die Vollmacht berufen könne. Dem Vollmachtgeber stünde in diesem Falle die Einrede der Arglist zu¹⁾. Nach Auffassung des Reichsgerichts "liegt kein Grund vor, den Mißbrauch einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis anders zu behandeln"²⁾. Eine Kollusion zwischen dem Vertretungsberechtigten und dem Dritten wird, unter ausdrücklicher Abwendung von der früheren Rechtsprechung, als nicht erforderlich angesehen. Es genügt, daß der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, um dem Vertretenen eine Einrede gegen die Gültigkeit des Geschäfts zu geben.

In einer nur wenig später ergangenen Entscheidung des Reichsgerichts³⁾, in der es um die Nachprüfungspflicht in bezug auf die einem Prokuristen vom Prinzipal erteilten Weisungen ging, wurde dagegen festgestellt: "Bloße Fahrlässigkeit des Dritten hinsichtlich der Hinnahme eines etwaigen Mißbrauchs der Prokura genügt... nicht, um die Wirksamkeit der mit dem Prokuristen getroffenen Abmachungen zu beanstanden." (S.1085) Nur ein absichtlich einverständliches Zusammenwirken des Dritten mit dem Prokuristen zum Nachteil des Prinzipals hätte diesem die Möglichkeit gegeben, die Einrede der Arglist geltend zu machen⁴⁾.

Auch in der Lehre sind die Auffassungen darüber geteilt, wann der OHG eine Einrede gegen die Gültigkeit des Geschäfts zusteht, nur für den Fall, daß der Dritte positive Kenntnis von dem Mißbrauch der Vertretungsmacht hatte⁵⁾, oder auch schon dann, wenn er den Mißbrauch der Vertretungsmacht zwar nicht erkannt hat, aber hätte erkennen können⁶⁾.

1) vgl. hierzu die Rechtsprechungsnachweise bei Hueck S.186 Anm.5 und in RGZ 145, 311(315).

2) RGZ 145, 311 (315), VI.Zivilsenat, für eine juristische Person des öffentlichen Rechts.

3) JW 1935, S.1084 (VII.Zivilsenat)

4) vgl. auch RGZ 153, 371 (374)

5) so Flechtheim § 126 Anm.9 mit weiteren Nachweisen

6) so Weipert § 126 Anm.21. - Weitere Nachweise zu beiden Auffassungen bei Hueck S.186 Anm.54. Zu dem ganzen Fragenkreis vgl. auch Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in RG-Festschrift Bd.II S.273 ff.; Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, in Festschrift für Heinrich Lehmann, S.115 ff.

Nach der Auffassung von Hueck muß unterschieden werden, ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Gesellschafters erkannt hat oder ob er sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen¹⁾. Habe der Dritte die Schädigungsabsicht erkannt, dann dürfe er sich nicht auf das Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter einlassen. Wenn er es dennoch tue, so könne er sich auf die Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht berufen, denn § 126 HGB wolle lediglich den redlichen Geschäftsverkehr schützen, "nicht aber unredlichen Schädigungen der OHG Vor-schub leisten"²⁾.

Für den Fall, daß der Dritte die Schädigungsabsicht des Gesellschafters nicht erkannt hat, aber sie hätte erkennen müssen, sei er ebenfalls nicht zu schützen. Das ergebe sich aus den Grundsätzen über die culpa in contrahendo. Da der Dritte sich mit dem Gesellschafter, der absichtlich und in erkennbarer Weise die Gesellschaft schädigen wollte, eingelassen habe, sei er der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser Schadensersatz bestünde aber in der Rückgängigmachung des Geschäfts³⁾.

Was die Sorgfaltspflicht des Dritten anbelange, so dürfe diese nicht zu weit ausgedehnt werden, da sonst der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht verletzt werde. Der Dritte könne grundsätzlich davon ausgehen, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter auch die Interessen der Gesellschaft wahren wolle. Nur wenn besondere Umstände den Verdacht nahelegten, daß der Gesellschafter durch bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht die Interessen der Gesellschaft verletze, müsse sich der Dritte darüber Aufklärung verschaffen⁴⁾.

1) vgl. Hueck S.187

2) Hueck S.185 f.

3) vgl. Hueck S.187 f., ferner Lehmann, Anm. zu RG, V.Zivil-senat, Urteil v.17.1.1934, in JW 1934, S.683 f.; derselbe, Gesellschaftsrecht, S.121; Stoll aaO. S.138.

4) vgl. Hueck S.188; Lehmann, Anm. zu RG aaO. S.684; derselbe, Gesellschaftsrecht, S.121; Stoll aaO. S.136.

4. Übernahme von Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters durch die Gesellschaft

Schließlich bleibt noch zu prüfen, ob OHG und Gesellschafter haften, wenn ein vertretungsberechtigter Gesellschafter die Gesellschaft in seinem persönlichen Interesse verpflichtet, sei es, daß sie eine Schuld für ihn übernimmt, eine Bürgschaft leistet oder dergleichen.

Hier braucht nicht schon in jedem Fall eine Kollusion vorzuliegen, da der Dritte vielfach zu der Annahme berechtigt sein wird, daß der Gesellschafter mit Zustimmung seiner Mitgesellschafter handle, er also die Vertretungsmacht für seine persönlichen Zwecke gebrauche, aber nicht mißbrauche¹⁾. In einem solchen Fall wird die OHG wirksam verpflichtet. Es entsteht eine Gesellschaftsverbindlichkeit, die auch im Konkurs als eine solche behandelt wird²⁾.

Im französischen Recht können die Gesellschaftsgläubiger im Konkurs oder *règlement judiciaire* verlangen, daß alle Forderungen aus Verbindlichkeiten, die von der OHG im persönlichen Interesse ihrer Gesellschafter übernommen wurden, ausgeschlossen werden, sofern es nicht gelingt zu beweisen, daß die OHG an deren Übernahme ein berechtigtes Interesse hatte. Demgegenüber wird nach deutschem Recht, wenn eine solche Verbindlichkeit einmal begründet wurde, der Gläubiger Gesellschaftsgläubiger, ohne daß eine Untersuchung des Schuldgrundes erforderlich wäre. Diese unterschiedliche Behandlung in beiden Rechten erklärt sich folgendermaßen:

Das deutsche Recht regelt die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten sehr straff. Der Grundsatz des starren Umfanges der Vertretungsmacht dient dem Verkehrsinteresse. Wenn demnach eine Verbindlichkeit in redlicher Ausübung der Vertretungsmacht begründet wurde, dann ist sie eine Gesellschaftsverbindlichkeit. Der Dritte ist damit weitgehend gesichert.

1) so ROHG 9, 429 (432) (Aufrechnung einer Privatschuld des geschäftsführenden Gesellschafters mit einer Ges.forderung); vgl. auch RG in JR 1927 Nr.1751 (Schuldübernahme durch die OHG, vertreten durch einen Ger., mit Zustimmung der Mitger.).

2) vgl. Jaeger, Der Konkurs der OHG, S.92; derselbe, KO II § 210 Anm.14.

Er kann sich darauf verlassen, daß die OHG und die Gesellschafter persönlich ihm für die Erfüllung der Verbindlichkeit haften. Ein Nachteil dieser allen Gläubigern zukommenden Sicherheit wird aber dann offenbar, wenn, wie im Konkursfall, das Vermögen der OHG zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten liquidiert werden muß. Jetzt melden neben den eigentlichen Gesellschaftsgläubigern auch diejenigen, die durch die Übernahme einer Privatverbindlichkeit eines Gesellschafters durch die OHG zu solchen geworden sind, als gleichberechtigte Konkursgläubiger ihre Forderung an. Dadurch wird möglicherweise die Konkursdividende zu Lasten der eigentlichen Gesellschaftsgläubiger verringert.

Nach französischem Recht ist der Vertragsfreiheit der Gesellschafter auch im Verhältnis zu Dritten ein weiter Spielraum gelassen. Aber die vertraglichen Vereinbarungen stellen zugleich auch eine Grenze für die Tätigkeit der OHG dar. Wenn es der OHG freigestellt ist, ihre Beziehungen zu Dritten nach ihrem Belieben und ganz auf den Gesellschaftszweck ausgerichtet zu regeln und der Dritte sich daran halten muß, dann kann er seinerseits verlangen, daß auch die gesellschaftliche Tätigkeit im Rahmen dieses vorgezeichneten Gesellschaftszweckes bleibt.

Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die Gläubiger der OHG nach deren Zahlungseinstellung verlangen können, daß alle Forderungen, die gegen die Gesellschaft erhoben werden, aber nicht aus Geschäften herrühren, die im Rahmen des Gesellschaftszweckes getätigt wurden, sondern, wie hier, im Grunde genommen Privatverbindlichkeiten eines Gesellschafters sind, ausgeschlossen werden.

II. Zusammenfassung

1. Die Gesellschafter einer französischen OHG regeln nicht nur das Innenverhältnis, sondern auch das Außenverhältnis der Gesellschaft in freier vertraglicher Vereinbarung. Im Gesellschaftsvertrag schaffen sie das Gesetz, dem sie sich als Gesellschafter unterwerfen, das aber auch von den Dritten, die mit der OHG in Verbindung treten, beachtet werden muß.

Wer daher mit einer OHG kontrahieren will, muß sich stets über den Umfang der Befugnisse ihres Geschäftsführers informieren. Da der Geschäftsführer in jedem Fall auch der Vertreter der OHG ist, liegt es im Interesse der Gesellschafter, die ja wegen ihrer besonderen Haftung durch die von ihm eingegangenen Verpflichtungen persönlich betroffen werden können, den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis genau festzulegen. Von dem Dritten, der gegebenenfalls das Recht hat, die persönliche Haftung der Gesellschafter geltend zu machen, wird daher verlangt, daß er sich darüber informiert, ob das Geschäft, das er abschließen will, auch in den Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis seines Vertragsgegners fällt und somit auch durch die Haftung der Gesellschafter gedeckt ist. Dieser Pflicht zur Information kann er aber nur nachkommen, wenn die OHG ihrerseits die betreffenden Vereinbarungen vorschriftsmäßig publiziert hat. Auf eine genaue Einhaltung der Publizitätsvorschriften wird daher von der Rechtsprechung immer mehr Wert gelegt.

Demgegenüber braucht nach deutschem Recht ein Dritter sich um die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters normalerweise nicht zu kümmern, selbst dann nicht, wenn Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis publiziert sind oder ihm vor Abschluß des Geschäfts ein von einem Mitgesellschafter dagegen eingelegter Widerspruch bekannt wird.

2. Die Behandlung mißbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht führt in beiden Rechten trotz der unterschiedlichen Ausgangspunkte zu annähernd gleichen Ergebnissen.

a) In allen Fällen, in denen nach französischem Recht dem Dritten, der sich auf die Vertretungsmacht des Geschäftsführers beruft, sichere Kenntnis von der Schädigungsabsicht des Gesellschafters nachgewiesen werden kann, würde auch nach deutschem Recht der Gesellschaft eine Einrede gegen die Gültigkeit des Geschäfts zustehen.

So wäre in dem auf Seite 49 dargestellten Fall die Klage des Bankiers gegen die Gesellschaft ebenfalls abzuweisen. Der Kassationshof hatte sein Urteil auf den erwiesenen bösen Glauben des Bankiers gestützt. Dieser wußte nicht nur, daß

dem anderen Gesellschafter die Hingabe der Wechsel für persönliche Zwecke unbekannt war, sondern er begünstigte das schädigende Verhalten seines Schuldners auch noch durch tadelnswertes Entgegenkommen. Somit könnte er sich auch nach deutschem Recht nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen. Es müßte ihm vielmehr der Vorwurf einer Kollusion gemacht werden, und die Gesellschaft hätte das Recht, ihm die Einrede der Arglist entgegenzuhalten.

Hätte der Bankier jedoch nicht sicher gewußt, daß der mit ihm kontrahierende Gesellschafter seinen Mitgesellschafter über die Verwendung der Wechsel in Unkenntnis gelassen hatte, so würde ihm das nach französischer Anschauung nicht geschadet haben, da die französische Rechtsprechung nur positive Kenntnis der Schädigungsabsicht fordert. Nach deutscher Auffassung, die jedoch nicht einhellig vertreten wird, hätte ihn in diesem Fall eine Prüfungspflicht dann getroffen, wenn Verdachtsmomente hinsichtlich einer Untreuehandlung des Gesellschafters vorgelegen hätten.

b) Wegen der gesetzlich angeordneten Unbeschränkbarkeit des Umfanges der Vertretungsmacht sind in Deutschland Klauseln des Gesellschaftsvertrages, die eine Haftung der OHG bei Mißbrauch der Vertretungsmacht ausschließen wollen, von vornherein nichtig. Nach französischem Recht ist die wirksame Vereinbarung solcher Klauseln im Prinzip zulässig. Trotzdem wird ihre Gültigkeit sehr bestritten. Wenn die Klauseln so eindeutig formuliert sind, daß daraus zu entnehmen ist, daß die Haftungsausschließung nicht nur im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sondern auch gegenüber Dritten gewollt ist, und wenn sie ferner vorschriftsmäßig publiziert sind, dann stünde ihrer Gültigkeit auf Grund der Vertragsfreiheit der Gesellschafter nichts entgegen. Jedoch deutet vor allem die Behandlung solcher Klauseln durch die Rechtsprechung darauf hin, daß man sich bewußt ist, hier einem Grenzfall der Vertragsfreiheit gegenüberzustehen. Denn nur so läßt sich die deutlich erkennbare Tendenz der Rechtsprechung, das Interesse der gutgläubigen Dritten dem der OHG voranzustellen, erklären.

3. Abschließend kann man somit feststellen, daß in beiden Rechten die berechtigten Schutzinteressen sowohl der OHG als auch der mit ihr kontrahierenden Dritten berücksichtigt werden.

Das deutsche Recht schützt in erster Linie den Dritten, wenn es den Umfang der Vertretungsmacht eines Gesellschafters für unbeschränkbar erklärt. In der Praxis wird aber davon dann eine Ausnahme gemacht, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter mit dem Dritten arglistig zum Schaden der OHG zusammenwirkt und unter Umständen dann, wenn der Dritte die Schädigungsabsicht des Gesellschafters bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können.

Im französischen Recht ist die Machtlage vom Ausgangspunkt her gesehen gerade umgekehrt. Hier ist es der OHG überlassen, sich durch entsprechende Vereinbarungen mit Wirkung gegenüber Dritten vor Schädigungen durch den Geschäftsführer zu schützen. Die Schutzbedürftigkeit gutgläubiger Dritter wird aber insofern berücksichtigt, als die Rechtsprechung bei der Bewertung dieser Vereinbarungen strenge Maßstäbe anlegt. Dabei muß jedoch betont werden, daß die prinzipielle Gültigkeit solcher Vereinbarungen von der Rechtsprechung noch in keinem Fall ausdrücklich verneint wurde.

Dritter Teil

Wirkungen der Haftung im einzelnen

A. Einzelfragen

1. Abschnitt: Französisches Recht

I. Wirkungen der Haftung im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft

1. Wirkung von gegen die Gesellschaft ergangenen Urteilen

Auf Grund des jedem Gesellschaftsgläubiger zustehenden Rechtes, sowohl die OHG als auch die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen, stellt sich die Frage, welche Wirkungen ein Urteil hat, in dem das Bestehen einer Gesellschaftsschuld festgestellt wird und das gegen die OHG gerichtet ist. Kann ein solches Urteil auch gegen die Gesellschafter, die im Prozeß nicht als Partei vertreten sind, vollstreckt werden?

Das wird nach übereinstimmender Meinung in Lehre und Rechtsprechung bejaht. Zur Begründung verweist man darauf, daß die Gesellschafter bei der Wahl des Geschäftsführers diesem nicht nur den Auftrag erteilt haben, die OHG Dritten gegenüber zu vertreten, sondern auch sie, die Gesellschafter, selbst. Der Geschäftsführer ist somit Beauftragter der Gesellschaft und der Gesellschafter¹⁾.

Urteile, die für oder gegen die Gesellschaft ergangen sind, haben also auch den Gesellschaftern gegenüber die Wirkung einer res iudicata, da man ein für oder gegen einen Beauftragten ergangenes Urteil als für oder gegen den Auftraggeber selbst ergangen ansieht²⁾.

Daraus wird gefolgert:

a) Ein von einem Gläubiger gegen die OHG erworbener vollstreckbarer Titel ist ohne weiteres gegen jeden der Gesell-

1) Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers als Beauftragter wird in diesem Fall einmütig vertreten.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.247; Pic-Kréher Nr.493; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.325; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.283; Arthuys I Nr.254-

schafter in dessen persönliches Vermögen vollstreckbar, ohne daß es dazu noch einer namentlichen Verurteilung durch besonderes Urteil bedürfte¹⁾.

b) Durch die vom Gericht ausgesprochene Verurteilung entsteht eine gerichtliche Hypothek (*hypothèque judiciaire*), die auf den Grundstücken der OHG und gleichzeitig auf den zum persönlichen Eigentum der Gesellschafter gehörenden Grundstücken lastet (Art.2123 C.civ.)²⁾.

c) Wenn die Gesellschafter persönliche Einwendungen gegen den Anspruch geltend machen wollen, so müssen sie dies schon während des Verfahrens gegen die Gesellschaft mittels intervention gem. Art.339 ff. C.proc.civ. tun. Versäumen sie das, so sind ihnen ihre persönlichen Einwendungen abgeschnitten, da sie gegen das Urteil selbst nicht mehr mit der tierce opposition gem. Art.474 C.proc.civ. vorgehen können.

Für den umgekehrten Fall, nämlich der Vollstreckbarkeit eines gegen einen Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der OHG ergangenen Urteils in das Gesellschaftsvermögen, werden von einigen Autoren gewisse Bedenken geltend gemacht³⁾. Dieser Frage kommt aber insofern kaum Bedeutung zu, als in den Prozeß gegen einen Gesellschafter die OHG miteinbezogen werden muß, so daß das Urteil gegen den Gesellschafter auch gegen die Gesellschaft wirkt⁴⁾.

-
- 1) vgl. Pic-Kréher Nr.493; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.325; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.283; Arthuys I Nr.254; Req.12.7.1888, D 1889.1.148; S 1889.1.309; C.A.Alger, 19.11.1895, Rev.algér. 1896, 468 (Ein gegen eine faktische OHG erstrittenes Urteil ist gegen alle Gesellschafter vollstreckbar); Trib.civ.Rouen, 11.8.1897, JS 1898, 94 (Urteil gegen die Gesellschaft ist solange gegen die Gesellschafter vollstreckbar, als die Beendigung der Gesellschaft nicht publiziert ist).
- 2) Über diese gerichtliche Hypothek s. Rohlfing, Hypothek, in Rvgl.Hdwb.IV, S.278 f.; ferner Planiol-Ripert XII Nr.557 ff.; Aubry et Rau, aaO. Bd.III, S.350 ff.
- 3) vgl. Pic-Kréher Nr.493; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.325 f.; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.283.
- 4) vgl. Escarra-Rault Nr.247, S.274 Anm.1.

2. Regreßmöglichkeit eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft

Der Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat, tritt in alle Rechte des befriedigten Gläubigers ein. Er wird einem Bürgen gleichgestellt (Art.2028 C.civ.)¹⁾.

Gegenüber der OHG als Hauptschuldnerin besitzt der in Anspruch genommene Gesellschafter einen Anspruch auf den Gesamtbetrag der von ihm beglichenen Forderung einschließlich aller Kosten, die ihm von dem Augenblick an entstanden sind, da er dem Geschäftsführer von den gegen ihn eingeleiteten Schritten des Gläubigers Mitteilung gemacht hat (Art.2028 Abs.2 u.3 C.civ.).

Hat jedoch der Gläubiger eine von der OHG gestellte Sicherheit untergehen lassen, so ist ein Gesellschafter, den dieser Gläubiger in Anspruch nehmen will, von seiner Haftung befreit, da in diesem Fall der vollständige Eintritt des Gesellschafters in die Rechte des Gläubigers nicht mehr möglich ist (Art.2037 C.civ.).

II. Wirkungen der Haftung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander

1. Vorbemerkungen

Hinsichtlich des Regreßanspruchs der Gesellschafter gegeneinander findet das Prinzip der solidarischen Haftung keine Anwendung, es sei denn, es läge eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung darüber vor.

Der von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter kann daher, falls er von der OHG keine Befriedigung zu erlangen vermag, von seinen Mitgesellschaftern nicht Rückerstattung des gesamten von ihm geleisteten Betrages verlangen. Sein Anspruch gegen die Mitgesellschafter bestimmt sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln über die Ausgleichung bei Gesamtschuldverhältnissen.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.249; Pic-Kréher Nr.488; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.322; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.281 ter.

2. Regreßanspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter

Grundlage für die Bestimmung der Höhe des Regreßanspruchs eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter ist der Art.1214 C.civ. Danach kann der Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat, Rückerstattung von seinen Mitgesellschaftern nur in dem Maße verlangen, als es dem Geschäftsanteil jedes einzelnen bzw. einer sonstigen vertraglich geregelten Aufschlüsselung der zu übernehmenden Verluste entspricht¹⁾.

Ist einer der Gesellschafter zahlungsunfähig geworden, so muß der sich dadurch ergebende Ausfall von den übrigen Gesellschaftern, einschließlich dem, der die Zahlung geleistet hat, anteilmäßig getragen werden²⁾.

Ist ein Gesellschafter persönlich Gläubiger der OHG oder hat er von einem Dritten eine Forderung gegen die Gesellschaft erworben, so kann er irgendeinen seiner Mitgesellschafter für den ganzen Betrag seiner Forderung in Anspruch nehmen. Der Gesellschafter, der zugleich Gesellschaftsgläubiger ist, gilt hier als Dritter, demgegenüber die Mitgesellschafter solidarisch haften³⁾.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.210, S.233 Anm.6 u. Nr.249; Houpin-Bosvieux I Nr.249, 270, S.322 u. Nr.271; Thaller-Perce-rou Nr.415; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.158, 162, 281 ter. - Civ.8.1.1862, D 1863.1.75 (Liquidator-Gesellschafter kann von den Mitgern. nur anteilmäßige Rückerstattung verlangen);

C.A.Paris, 28.2.1850, S 1850.2.649 (Ger., der gleichzeitig Bankier ist und als solcher der Ges. einen Kredit gegeben hat, kann mangels besonderer Vereinbarung von seinen Mitgern. Rückzahlung nur gemäß deren Verlustanteil verlangen);

C.A.Alger, 28.2.1891, Rev.algér. 1891, 286 (Vereinbarung, wonach ein Ger. nach Auflösung der Ges. von jeder Verbindlichkeit befreit sein soll, ist Dritten gegenüber unwirksam, gibt aber dem Ger. das Recht, bei persönlicher Inanspruchnahme für den ganzen Betrag Rückgriff gegen seine Mitger. zu nehmen).

2) vgl. Escarra-Rault Nr.249; Houpin-Bosvieux I Nr.271.

3) vgl. Escarra-Rault Nr.249; Pic-Kréher Nr.488; Houpin-Bosvieux I Nr.271; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.163. - Req.28.2.1859, D 1859.1.232 (Ein zwischen einem Ger. und der OHG gem. Ges.vertrag geschlossener Pachtvertrag wird von der Nichtigkeit des Ges.vertrages mangels Publikation nicht erfaßt, da die Rechte aus dem Pachtvertrag

Wenn sich die OHG in Liquidation befindet und die Aktiva zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichen, dann muß sich nach Ansicht einiger Autoren der Gesellschaft-Gläubiger von seiner Forderung den auf ihn entfallenden Verlustanteil abziehen lassen¹⁾.

2. Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht

I. Wirkungen der Haftung im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft

1. Wirkung von gegen die Gesellschaft ergangenen Urteilen

Da die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit die Gesellschaft und damit die Prozeßpartei darstellen, wird angenommen, daß sich die Rechtskraftwirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils auch auf die einzelnen Gesellschafter erstreckt, "aber nur, soweit es sich um die Rechtsfolge der gesellschaftlicher Verbundenheit handelt"²⁾.

Ist die OHG rechtskräftig zu einer Leistung verurteilt worden, so gilt dies auch im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem einzelnen Gesellschafter. Der Gesellschafter kann gegen das Bestehen der Schuld keine Einwendungen mehr erheben, soweit diese der OHG noch zugestanden hätten vor Eintritt der Rechtskraft. Persönliche Einwendungen kann er jedoch noch vorbringen (§ 129 I HGB)³⁾.

Nach französischem Recht wird aus der Erstreckung der Rechtskraftwirkung eines gegen die OHG ergangenen Urteils auf die Gesellschafter auch die Vollstreckbarkeit dieses

-
- .. von den Gesellschafterrechten unabhängig sind);
Req.29.7.1863, D 1864.1.27 (Ein von einem Ger. der Ges. gem. Ges.vertrag gewährtes Darlehen gibt dem Ger. die Stellung eines Dritten, wenn genaue Rückzahlungsbedingungen vereinbart worden sind);
Civ.11.4.1883, D 1883.1.318 (Konkursverwalter eines Ger.-Gläubigers kann dessen Forderung im Ges.konkurs anmelden).

- 1) vgl. Escarra-Rault Nr.249; Houpin-Bosvieux I Nr.271; Arthuys I Nr.255, S.257 Anm.2;
C.A.Paris, 28.2.1850, S 1850.2.649 (s.o. S.78 Anm.1).
- 2) Weipert § 124 Anm.25.
- 3) vgl. Schlegelberger-Geßler § 124 Anm.20 ff.; Weipert § 124 Anm.25; Staub-Pinner § 124 Anm.25.

Urteils in deren persönliches Vermögen abgeleitet. Das ist im deutschen Recht wegen der zwingenden Vorschrift des § 129 IV HGB nicht möglich. Da im Gesellschaftsprozeß lediglich das Bestehen einer Gesellschaftsschuld festgestellt wird und man, anders als im französischen Recht, die Gesellschafter hinsichtlich ihrer persönlichen Interessen als in dem Verfahren nicht vertreten ansieht, muß über die persönliche Haftung eines Gesellschafters in einem besonderen Verfahren entschieden und ein gegen ihn gerichteter vollstreckbarer Titel erwirkt werden. In diesem Verfahren hat der Gesellschafter dann auch die Möglichkeit, seine persönlichen Einwendungen, die er im Gesellschaftsprozeß nicht vortragen kann, geltend zu machen¹⁾. Dagegen muß nach französischem Recht der Gesellschafter schon im Gesellschaftsprozeß intervenieren, wenn er sich seine persönlichen Einwendungen gegen den Anspruch des Gesellschaftsgläubigers erhalten will.

Umgekehrt kann aus einem gegen einen einzelnen Gesellschafter erwirkten vollstreckbaren Titel nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Dazu bedarf es gem. § 124 II HGB eines gegen die OHG gerichteten vollstreckbaren Titels. Dies ist nach französischer Anschauung wiederum nicht erforderlich, da ein Gläubiger dort in den Prozeß gegen einen Gesellschafter die Gesellschaft miteinbeziehen muß, um die Verbindlichkeit auch als Gesellschaftsverbindlichkeit feststellen zu lassen.

2. Regreßmöglichkeit eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft

Hat ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld bezahlt, so steht ihm ein Regreßanspruch gegen die OHG zu, da er, falls der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges vorsieht, gem. § 707 BGB nicht zu einer Erhöhung seiner Einlage verpflichtet ist. Dieser Anspruch des Gesellschafters wird aus § 110 HGB hergeleitet²⁾. Im französischen Recht begründet

- 1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.15; Flechtheim § 129 Anm.13.
- 2) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.28; Weipert § 128 Anm.32, § 110 Anm.3; Staub-Pinner § 128 Anm.19, § 110 Anm.3; abweichend, aber im Ergebnis zustimmend, Flechtheim § 110 Anm.10.

man den Regreßanspruch mit der bürgeähnlichen Stellung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft.

Nach den für die Leistung von Aufwendungsersatz geltenden Regeln muß, falls die Bezahlung der Gesellschaftsschuld nicht erzwungen wurde, beachtet werden, daß der Gesellschafter nur dann Aufwendungsersatz verlangen kann, wenn er die Aufwendung für erforderlich halten durfte¹⁾.

Wie im französischen Recht geht die Forderung des Gesellschaftsgläubigers auf den Gesellschafter über, der ihn auf Grund seiner persönlichen Haftung befriedigt hat. Gleichzeitig mit der Forderung gehen auch die von der OHG gestellten Sicherheiten auf den in Anspruch genommenen Gesellschafter über²⁾.

II. Wirkungen der Haftung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander

1. Die Rechtsfolgen der gesamtschuldnerischen Haftung

Das französische Recht knüpft an die solidarité légale mannigfache Wirkungen, die sogenannten effets secondaires, an. Es zeigt sich dort eine starke und weitgehende gegenseitige Verbundenheit der Gesamtschuldner. Demgegenüber ist das deutsche Recht hinsichtlich der Rechtsfolgen der gesamtschuldnerischen Haftung zurückhaltender. Die §§ 421 ff. BGB finden auf das Gesamtschuldverhältnis der offenen Handelsgesellschafter Anwendung³⁾. Diese Vorschriften decken sich im wesentlichen mit den Vorschriften der Art. 1200 ff. C. civ.

Darüber hinaus aber wirken nach französischem Recht die Folgen eines rechtskräftigen Urteils, von Verzug, von Unterbrechung und Hemmung der Verjährung nicht, wie gem. § 425 I BGB, nur für oder gegen den Gesellschafter, in dessen Person sie eingetreten sind, sondern auch für und gegen die anderen Gesellschafter.

1) vgl. dazu im einzelnen Weipert § 128 Anm. 34; Flechthelm § 110 Anm. 10.

2) vgl. Weipert § 128 Anm. 33; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 29.

3) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 15 ff.; Weipert § 128 Anm. 15 ff.; Flechthelm § 128 Anm. 12; Hueck S. 203f.

2. Regreßanspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter

Für reine Sozialverpflichtungen und den Ersatz von Aufwendungen gem. § 110 HGB besteht im Verhältnis der Gesellschafter zueinander die persönliche und solidarische Haftung gem. § 128 HGB nicht. Ein Gesellschafter, der einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, könnte daher mit dem Anspruch auf Aufwendungsersatz nicht auch gegen seine Mitgesellschafter auf Grund deren persönlicher Haftung vorgehen und Rückerstattung des ganzen Betrages verlangen. Dies entspricht der Regelung im französischen Recht.

Die dort bejahte Frage, ob der Gesellschafter dann von seinen Mitgesellschaftern Ausgleichung nach den Ausgleichungsvorschriften für Gesamtschuldverhältnisse verlangen kann (§ 426 BGB), ist umstritten. Von einer Reihe von Autoren wird diese Ausgleichung während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses als dem Wesen der OHG widersprechend abgelehnt¹⁾. Nach dem Gesellschaftsvertrag sei das Vermögen der OHG dazu bestimmt, deren Schulden zu decken, nicht aber das Privatvermögen der Gesellschafter. Diese seien gem. § 707 BGB nicht verpflichtet, ihre vereinbarten Beiträge zu erhöhen. Ein Ausgleich könne erst bei Liquidation des Gesellschaftsvermögens erfolgen. Der Gesellschafter müsse somit zumindest bis zur Auflösung der OHG die ganze Last alleine tragen.

Diese Ansicht führt zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis. Nach der jetzt herrschenden Lehre muß deshalb dem Gesellschafter das Recht eingeräumt werden, schon vor Auflösung der OHG von seinen Mitgesellschaftern Ausgleichung zu verlangen, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Deckung des Regreßanspruchs nicht ausreicht. Die Vorschrift des § 426 BGB wird danach insofern modifiziert, als der Gesellschafter sich zunächst an das Gesellschaftsvermögen halten muß. Erst wenn dieses nicht ausreicht oder eine Befriedigung daraus zur Zeit nicht möglich ist, tritt die Haftung

1) vgl. Staub-Pinner § 128 Anm.19 mit weiteren Nachweisen.

der Mitgesellschafter mit ihrem Privatvermögen ein. Die Gesellschafter haften anteilmäßig nach ihrer Verlustquote. Der in Anspruch genommene Gesellschafter selbst muß sich den auf ihn entfallenden Anteil abziehen lassen¹⁾.

Im Ergebnis stimmt somit diese Regelung über den Ausgleich zwischen den Gesellschaftern mit der des französischen Rechts überein.

Nach französischem Recht wird einem Gesellschafter, der zugleich Gläubiger der OHG ist, durchaus die Stellung eines Gesellschaftsgläubigers eingeräumt und ihm damit das Recht zugestanden, jeden seiner Mitgesellschafter auf das Ganze persönlich in Anspruch zu nehmen. Diese Frage ist im deutschen Recht umstritten.

Die einen wollen dem Gesellschafter-Gläubiger vor Auflösung der OHG überhaupt keinen Anspruch gegen die Mitgesellschafter zubilligen, sondern nur das Gesellschaftsvermögen alleine haften lassen. Andere erkennen ihn zwar als Gesellschaftsgläubiger an, wobei jedoch über den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter die Meinungen auseinandergehen²⁾.

Das Reichsgericht billigt in einer Entscheidung im 153. Bande³⁾ dem Gesellschafter-Gläubiger das Recht zu, seine Mitgesellschafter unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Der Gesellschafter, der der OHG als Dritter gegenübertrete, müsse grundsätzlich auch die Stellung eines Fremdgläubigers haben. Allerdings verlangt das Reichsgericht, daß der Gesellschafter-Gläubiger sich mindestens den "nach seinem Verlustanteil zu berechnenden Forderungsanteil" abziehen lassen müsse. (S.312)

1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.28; Weipert § 128 Anm.32; Flechtheim § 128 Anm.14; Hueck S.167.

2) vgl. im einzelnen Flechtheim § 128 Anm.15; Weipert § 128 Anm.32; Hueck S.208 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) RGZ 153, 305 (Anspruch von Gesellschaftern gegen einen Mitgesellschafter auf Grund von Darlehen, die diese der OHG gewährt hatten). - Diese Rechtsprechung stimmt mit der französischen hinsichtlich der Unmittelbarkeit des Anspruchs gegen die Mitgesellschafter überein. Der Kassationshof gewährt jedoch einen Anspruch auf das Ganze.

Dabei ist nach Ansicht von Hueck¹⁾ auch zu beachten, daß der allgemeine Treuegedanke von dem Gesellschafter-Gläubiger Rücksichtnahme auf die Interessen seiner Mitgesellschafter verlangt. Das bedeutet hier, daß er sich zunächst an die OHG zu halten hat und erst dann, wenn dies erfolglos war, den Zugriff auf das persönliche Vermögen seiner Mitgesellschafter ausübt.

B. Haftung bei Ausscheiden und Eintritt von Gesellschaftern

I. Haftung eines aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters

1. Abschnitt: Französisches Recht

1. Haftung für die zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten

Durch das Ausscheiden aus der OHG kann sich ein Gesellschafter nicht seiner Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft entziehen. Das widerspräche dem die OHG beherrschenden und sie tragenden Grundsatz der solidarischen Haftung aller Gesellschafter. Im übrigen kann sich ein Schuldner ja auch nicht durch einseitige Willenserklärung von seiner Schuld befreien.

Der Dritte, der mit der OHG kontrahiert hat, konnte dabei auf die Haftung aller Gesellschafter zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses rechnen. Der ausscheidende Gesellschafter haftet daher weiterhin für alle Verbindlichkeiten, die während seiner Zugehörigkeit zur OHG entstanden sind²⁾.

Da nach Art. 59 des Gesetzes vom 24.7.1867³⁾ alle Veränderungen in der Mitgliedschaft der Gesellschaft veröffentlicht werden müssen, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter

1) S. 209 f.

2) vgl. Hamel-Lagarde Nr. 438; Escarra-Rault Nr. 248; Pic-Kréher Nr. 490; Houpin-Bosvieux I Nr. 266; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 278. Als Anhaltspunkt dafür, ob eine Schuld vor oder nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters entstanden ist, gilt das Datum der Entstehung der Schuld und nicht jenes der gerichtlichen Feststellung: C.A. Besançon, 25.3.1952, D 1952 Somm. 68.

3) in der Fassung vom 30.10.1935.

ter auch für alle jene Verbindlichkeiten, die zwischen dem Tage seines Ausscheidens und dem der Veröffentlichung dieser Tatsache von der OHG eingegangen worden sind.

Stellt die OHG vor der Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters ins Handelsregister ihre Zahlungen ein, so kann gem. Art.442 Abs.2 n.F. C.com. über das Vermögen des ausgeschiedenen Gesellschafters ein Konkursverfahren oder ein *règlement judiciaire* eröffnet werden, und zwar innerhalb eines Jahres nach der Eintragung ins Handelsregister. Nach Ablauf dieser Frist haftet der Gesellschafter zwar weiterhin, er ist aber nicht mehr der Gefahr eines Konkurses ausgesetzt.

Für den Fall, daß schon bei der Gründung der OHG in den Statuten die Möglichkeit eines Ausscheidens vorgesehen und eine Befreiung von jeglicher Haftung für die vor dem Austritt entstandenen Verbindlichkeiten ausdrücklich vereinbart und publiziert worden war, soll eine solche Klausel Dritten wirksam entgegengehalten werden können¹⁾.

In einem Urteil vom 16.3.1942²⁾ scheint der Kassationshof die Gültigkeit solcher Klauseln jedoch zu verneinen: B., ein Gesellschafter der OHG "B., A.C. & Cie." hatte seinen Geschäftsanteil an E.C. abgetreten. Die Gesellschaft firmierte künftighin als "A.C. & Cie.", mit A.C. als einzigem vollhaftenden Gesellschafter und E.C. als Kommanditisten. Später klagte ein Gläubiger gegen die alte Gesellschaft in

1) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.270; Escarra-Rault Nr.248; Pic-Kréher Nr.364; Houpin-Bosvieux I Nr.266; Civ.24.7.1919, S 1920.1.356 (Gläubiger eines Ges.gläubigers kann in diesem Fall nicht wegen dessen Ansprüchen gegen die Ges. auf das Privatvermögen eines ausgeschiedenen Gesellschafters zurückgreifen).- a.A.: Hamel-Lagarde Nr.438; Dalloz Rép.III, sub verbo *Société en nom collectif* Nr.218; ferner: Trib.com. Nantes, 7.6.1899, JS 1900, 164, RS 1900, 24 (Ausscheiden nach Umwandlung der Ges. in eine AG); Trib.com. Saint-Etienne, 28.1.1931, RS 1931, 374 (Ausscheiden nach Auflösung der Ges. und Abtretung des Geschäftsanteils an einen Mitger.). Man will hier in der Klausel lediglich die Grundlage für einen Regreßanspruch des Ausgeschiedenen gegen seinen Nachfolger oder seine ehemaligen Mitger. sehen.

2) Civ.16.3.1942, S 1942.1.105; D 1942, Jurisprudence S.62.

der Person der Nachfolgesellschaft auf Zahlung von Forderungen gegen die alte Gesellschaft, wobei er sowohl die persönliche Haftung der Gesellschafter der Nachfolgesellschaft geltend machte, als auch die auf Grund ihrer Eigenschaft als Liquidatoren der früheren Gesellschaft.

Der Klage war in 1. Instanz stattgegeben worden. Als die Nachfolgesellschaft später in Konkurs ging und das Verfahren mangels Masse eingestellt wurde, versuchte der Gläubiger eine Vollstreckung des Urteils gegen den ehemaligen Gesellschafter B., der daraufhin tierce opposition gem. Art. 474 C. proc. civ. erhob. Die Cour d'Appel von Paris erklärte das Urteil als gegen B. nicht vollstreckbar mit der einzigen Begründung, daß der Abtretungsvertrag und die Aufforderung zur Geltendmachung irgendwelcher Einsprüche dagegen vorschriftsmäßig publiziert und damit Dritten zur Kenntnis gebracht worden sei.

Hierzu führte der vom Gläubiger angerufene Kassationshof aus:

"Mais attendu que la cession de ses droits par l'associé en nom collectif ou en commandite, publiée dans les formes légales, ne le protège que contre les engagements sociaux postérieurs à sa sortie de la société; que la clause des statuts qui autorise une telle cession n'a pour but que de permettre à la société de se continuer malgré la retraite du cédant et que l'avis d'opposition, prévu par l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909 pour la vente ou cession d'un fonds de commerce, ne tend qu'à autoriser les créanciers à toucher le prix de vente par préférence au vendeur;... Casse." (S.106)

Hieraus geht jedoch nicht hervor, ob eine Klausel des Gesellschaftsvertrages gültig ist, die vorsieht, daß der ausscheidende Gesellschafter von jeder Haftung für Verbindlichkeiten, die vor der Veröffentlichung des Ausscheidens entstanden sind, befreit sein soll. Man kann jedoch ein Verbot einer solchen Klausel aus der Einleitung des Urteils entnehmen:

"Attendu que les associés en nom collectif sont tenus ... du passif social; qu'un associé ne saurait, par une cession de ses droits, autorisée par les statuts, et régulièrement publiée, se décharger, sans l'accord des créanciers sociaux, de l'obligation solidaire lui incombant à raison des dettes sociales antérieures à sa cession; - " (S.105) (1)

Endgültig von seiner Haftung befreit ist der ausgeschiedene Gesellschafter allerdings dann - gleichgültig, ob im Gesellschaftsvertrag eine haftungsbefreiende Klausel enthalten ist oder nicht -, wenn die Gesellschaftsgläubiger einer Novation durch Schuldnerwechsel ausdrücklich zustimmen¹⁾

2. Haftung für die nach dem Ausscheiden entstehenden Verbindlichkeiten

Für Verbindlichkeiten, die nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der OHG entstanden sind, haftet dieser nicht mehr, wenn sein Ausscheiden vorschriftsmäßig publiziert worden ist und sein Name im Firmennamen nicht mehr weitergeführt wird.

An dem Ausscheiden eines Gesellschafters sind Dritte in hohem Maße insofern interessiert, als dadurch eine Veränderung der Kreditwürdigkeit der OHG bewirkt werden kann. Der Gesetzgeber hat daher an die Beachtung bzw. Nichtbeachtung der Publizitätsvorschriften weitreichende Wirkungen geknüpft.

Die Weiterführung des Namens des ausgeschiedenen Gesellschafters in der Firma bedeutet nach französischer Auffassung für Dritte eine Täuschung, da diese ja auf die etwaige Haftung aller Gesellschafter rechnen²⁾.

Über die erste Voraussetzung, die vorschriftsmäßige Veröffentlichung des Ausscheidens eines Gesellschafters, äußert sich der Kassationshof in einem Urteil vom 12.1.1852 eindeutig und richtungsweisend in einem Fall, in dem der Konkursverwalter einer KG gegen einen ausgeschiedenen vollhaf-

1) (S.86) Esmein weist in seiner Anmerkung zu diesem Urteil (S 1942.1.105) darauf hin, daß man wohl annehmen könne, daß der Kassationshof eine solche haftungsbefreiende Klausel habe verbieten wollen, um den Wert der Ger.haftung für die Gläubiger einer OHG nicht herabzumindern. Überdies sei dies auch eine Frage der "moralité commerciale".

1) vgl. Escarra-Rault Nr.248, S.275 Anm.4; Houpin-Bosvieux I Nr.266, S.314 Anm.1.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.248; Pic-Kréher Nr.490; Houpin-Bosvieux I Nr.270; Lacour-Bouteron I Nr.308; Amiot, De la responsabilité à raison du passif social déjà formé du nouvel associé qui entre dans une société en cours d'entreprise, in Annales dr.com. 1900, S.283 f.

tenden Geschäftsführer vorgehen wollte für Verbindlichkeiten, die nach dessen vorschriftsmäßig publiziertem Ausscheiden entstanden waren¹⁾:

"Attendu ... que la publicité prescrite par la loi n'a d'autre but, dans le cas de retraite d'un des associés gérants, que d'avertir les tiers qu'ils ne doivent plus compter sur l'associé qui se retire, et que celui désigné pour le remplacer doit seul leur offrir toute garantie; - Que, dès lors l'associé remplacé est exonéré de tous engagements pris envers les tiers, postérieurement à sa retraite. - Que la loi ne lui impose d'autre obligation que celle de la publication de la retraite, et ne dispose point que tout changement d'un associé gérant doit avoir pour effet d'entraîner la dissolution de la société et de faire procéder à la liquidation..." (S.53) 2) 3)

3. Haftung für Kontokorrentverbindlichkeiten

Wie haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für einen zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bestehenden Debetsaldo eines Kontokorrentverhältnisses?

Die Entscheidung dieser Frage durch die Gerichte hatte bis in die 20er Jahre dieses Jahrhunderts stets zu einem für den Gläubiger ungünstigen Ergebnis geführt. Nach der klassischen Auffassung galt das Kontokorrent als unteilbares Ganzes (indivisibilité). Da man, so lange das Kontokorrentverhältnis besteht, nicht wissen kann, zu wessen Gunsten oder Lasten es enden wird, gibt es, bevor das Konto nicht endgültig abgeschlossen ist, weder Schuldner noch Gläubiger⁴⁾.

- 1) Civ.12.1.1852, D 1852.1.53; Dieses Urteil behält seine Gültigkeit, obwohl es auf den alten Artikeln 42-46 C.com. basiert, die später durch das Gesetz vom 24.7.1867 ersetzt wurden. Jetzt Art.55-65 dieses Gesetzes, teilweise in der Neufassung vom 30.10.1935.
- 2) Dagegen Haftung wegen Nichtigkeit der publizierten Austrittserklärung, da dieser nicht während der vorgeschriebenen Frist die Eintragung beim Handelsgericht nachfolgte: Req.23.5.1938, GP 1938.2.422.
- 3) Über die Weiterführung des Namens eines ausgeschiedenen Gesellschafters in der Firma: Trib.com. Marseille, 28.4.1904, JS 1904, 513 (Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters, da er zugelassen hatte, daß sein Name weiterhin in der Firma geführt wurde).
- 4) vgl. dazu Hamel, Banques et opérations de banque, Bd.I, Nr.372 ff., besonders Nr.381; ders., Ann.zu Civ.21.7.1931, D 1932.1.49; Ann.zu Civ.1.4.1935, D 1936.1.33; Bastian, L'indivisibilité du compte courant d'après la jurisprudence actuelle, in JCP 1940.I.178; Ulmer, Kontokorrent, in Rvgl.Hdw. Bd.V, S.194 ff.

Nach dieser Auffassung kann ein Kontokorrentgläubiger einen aus der OHG ausgeschiedenen Gesellschafter für den zur Zeit des Ausscheidens bestehenden Schuldsaldo nicht mehr in Anspruch nehmen, wenn er das Konto nicht auf den Tag des Austritts abschließt und damit das Bestehen einer Schuld beweisen kann¹⁾.

Die Nachteile, die sich für den Kontokorrentgläubiger ergeben, sind offensichtlich. Er verliert die Sicherheit, die in der solidarischen Haftung der Gesellschafter begründet ist und kann nicht mehr von jedem die Bezahlung der Kontokorrentschuld fordern, denn er besitzt ja in Wirklichkeit kein Mittel, um den ausgeschiedenen Gesellschafter weiterhin dafür haften zu lassen. Selbst wenn er das Konto zu dem Zeitpunkt abschließt, in dem er von dem Ausscheiden des Gesellschafters durch die Veröffentlichung erfährt, ist es zu spät. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann sich jederzeit darauf berufen, daß am Tage seines Ausscheidens keine Schuld bestand²⁾.

Der Kassationshof hat mittlerweile mit der auf dem klassischen Begriff des Kontokorrents basierenden Rechtsprechung gebrochen und damit eine neue Entwicklung auf diesem Gebiet eingeleitet³⁾.

Der hier unmittelbar interessierenden Entscheidung der C.A.Aix vom 25.2.1941⁴⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Zuge der Umwandlung einer OHG in eine KG war eine Gesellschafterin aus der Gesellschaft ausgeschieden, zwei andere Gesellschafter wurden Kommanditisten. An dem mit einer Bank bestehenden Kontokorrentverhältnis änderte sich nichts. Diese teilte der KG lediglich mit, daß sie die beiden Kommanditisten weiterhin als vollhaftende Gesellschafter hinsichtlich der vor der Umwandlung der OHG eingegangenen Verbindlichkeiten betrachte. Später schloß die KG einen Ver-

1) C.A.Chambéry, 20.1.1925, DH 1925, 188; ebenso: Trib.com.Limoges, 19.1.1927, RS 1927, 212.

2) vgl. Bastian, Anm. zu C.A.Aix, 25.2.1941, JCP 1941.II.1633

3) Grundsätzliche Urteile hierzu:

Civ.21.7.1931, D 1932.1.49; Civ.1.4.1935, D 1936.1.33.

4) JCP 1941.II.1633.

gleich mit ihren Gläubigern. Die Bank verklagte jedoch die ausgeschiedene Gesellschafterin und die beiden Kommanditisten auf Zahlung der Differenz zwischen dem Saldsaldo des Kontokorrentkontos und der erlangten Vergleichsquote.

In erster Instanz¹⁾ wurde die Klage abgewiesen mit Gründen, die sich ganz auf die klassische Theorie von der Unteilbarkeit des Kontokorrents stützten. Die Bank legte Berufung ein, und es erging von der Cour d'Aix folgendes Urteil, indem das Gericht einleitend die vom Kassationshof entwickelten neuen Grundsätze über die Ansprüche in einem Kontokorrentverhältnis darlegt:

"Attendu que si la qualité de créancier ou de débiteur de chacune des parties en compte courant est tenue en suspens jusqu'au jour du règlement définitif du contrat, celui au profit de qui le compte se balance à un moment quelconque par un solde créditeur a, dès lors, droit au recouvrement ultérieur de ce solde, sous la condition que le droit ne soit pas effacé rétroactivement, en tout ou en partie, par l'effet de nouvelles remises qui viendraient en renverser le sens, ou modifier le montant de la créance, dans ce dernier cas celui-ci étant réduit au solde du compte: ..."

Das Gericht stellte dann fest, daß die 3 Berufungsbeklagten solidarisch mit der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern für die vor der Umwandlung der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten haften. Die Stellung der beiden Parteien des Kontokorrentvertrages in der Zeit von der Umwandlung der Gesellschaft bis zum Abschluß des Kontos habe sich nicht geändert, die Bank sei bis zum Schluß Gläubiger geblieben. Ihr Anspruch gegen die Beklagten bestehe daher zu Recht.

Die neue Rechtsprechung gestattet es jetzt, auch während der Laufzeit eines Kontokorrentvertrages von einer Schuld oder einem Guthaben der Beteiligten zu sprechen. Nach jeder Buchung steht demjenigen, zu dessen Gunsten der neue Saldo ausgewiesen ist, ein Gläubigerrecht zu, das automatisch mit der Saldierung entsteht. Dieses Gläubigerrecht ist selbstverständlich nur ein vorläufiges Recht. Es gestattet aber dem Gläubiger, wenn sich seine Stellung nicht mehr ändert, nach Abschluß des Kontos unter solchen Umstän-

1) Trib.com. Marseille, 23.6.1937, JCP 1941.II.1633.

den, wie sie in dem oben dargestellten Fall gegeben waren, auf etwaige frühere Kontokorrentschuldner zurückzugreifen¹⁾).

2. Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht

1. Haftung für die zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten

Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 128 HGB persönlich weiter. An der Haftung ändert sich durch die Art des Ausscheidens (freiwilliges oder erzwungenes Ausscheiden) nichts. Da die Verbindlichkeit während seiner Zugehörigkeit zur OHG entstanden ist, ist sie seine persönliche Verbindlichkeit geworden. Durch Ausscheiden aus der gesellschaftlicherlichen Verbundenheit kann er sich dieser persönlichen Verpflichtung nicht entziehen²⁾).

Als Ausgangspunkt der zeitlichen Abgrenzung ist, wie auch im französischen Recht, nicht der Tag der Fälligkeit einer Verbindlichkeit anzusehen, sondern der Tag des Entstehens³⁾).

Für die Weiterhaftung bei Kontokorrentverhältnissen gilt folgendes: Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet mangels besonderer Vereinbarung für den bei seinem Ausscheiden bestehenden Zwischensaldo persönlich weiter (§§ 128, 159 HGB). Werden während der Verjährungsfrist Saldierungen in wechselnder Höhe vorgenommen und anerkannt, so bleibt der Sicherungsanspruch des Kontokorrentgläubigers, d.h. im vorliegenden Fall die persönliche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters (§ 356 II HGB) bis zur Höhe des niedrigsten Schultsaldos bestehen⁴⁾. Diese Regelung stimmt im Ergebnis

1) vgl. Bastian, Anm. zu C.A.Aix, 25.2.1941, JCP. 1941.II. 1633.

2) vgl. Weipert § 128 Anm.29.

3) vgl. Weipert § 128 Anm.29. Das gilt besonders für Dauer-schuldverhältnisse. vgl. dazu im einzelnen Hueck S.289f.; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.31; Flechtheim § 128 Anm.17; Staub-Pinner § 128 Anm.18 mit weiteren Nachweisen.

4) so RGZ 76,330; vgl. auch Düringer-Hachenburg-Breit IV § 356 Anm.17; Schlegelberger-Hefermehl III § 356 Anm.13.

mit der von der neueren französischen Rechtsprechung eingeführten überein.

Im französischen Recht haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für die bei seinem Ausscheiden bestehenden Verbindlichkeiten innerhalb der Verjährungsfrist so weiter, wie er als Gesellschafter gehaftet haben würde. In seinem Verhältnis zur OHG und zu seinen ehemaligen Mitgesellschaftern ändert sich vom Standpunkt des Gesellschaftsgläubigers her gesehen nichts, da das Recht des Ausgeschiedenen, von den Gesellschaftern Entlassung aus der Haftung zu verlangen, eine Angelegenheit der Gesellschafter untereinander ist.

Demgegenüber hat man im deutschen Recht im Hinblick auf die andersartige juristische Konstruktion der OHG für die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters die Frage aufgeworfen, ob sich das Verhältnis von Gesellschaftsschuld und Gesellschafterschuld nach dessen Ausscheiden verändert. Das wird von der herrschenden Lehre bejaht. Die Identität zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterschuld werde nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aufgehoben. Es entstehe jetzt zwischen der weiterbestehenden persönlichen Schuld des ausgeschiedenen Gesellschafters und der Gesellschaftsschuld ein echtes Gesamtschuldverhältnis¹⁾. Daraus müsse gefolgert werden, daß § 425 I BGB zugunsten des Ausgeschiedenen Anwendung findet. Mit Ausnahme der Erfüllung, des Erlasses und des Abnahmeverzuges des Gläubigers würden somit alle nach dem Ausscheiden eintretenden Umstände, die die Gesellschaftsschuld ungünstig beeinflussen, nur gegen den Ausgeschiedenen wirken, wenn sie in seiner Person eintreten. Da jedoch § 129 I HGB auch für den ausgeschiedenen Gesellschafter gelte, so könne dieser, falls er für eine Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, alle der Gesellschaft zustehenden Einreden eben-

1) vgl. Flechtheim § 128 Anm.16; Weipert § 128 Anm.29; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.32; RG in JW 1928, S.2612 (Weiterhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters bei Erlaß der Forderung gegen die Gesellschaft und deren gegenwärtige Gesellschafter).

falls erheben¹⁾).

Nach dieser Auffassung wird der Gläubiger einem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber schlechter gestellt als gegenüber dem noch der OHG angehörenden. Für Schlechtlieferung einer Ware etwa, die noch vor dem Ausscheiden eines Gesellschafters bestellt war, aber erst danach ausgeliefert wurde, haftet der Ausgeschiedene nicht mehr, weil kein persönliches Verschulden seinerseits angenommen werden kann. Auch kann er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht in Anspruch genommen werden, wenn Mahnung und Fristsetzung gem. § 326 I BGB nur der OHG gegenüber erfolgten²⁾.

Nach der von Hueck vertretenen Auffassung besteht zwischen der Gesellschaftsschuld und der persönlichen Schuld des Ausgeschiedenen kein Gesamtschuldverhältnis³⁾. Die OHG als solche schulde die Erfüllung, der einzelne Gesellschafter hatte dafür, daß die Gesellschaft erfüllt. Wenn daher die Gesellschaft eine Verschärfung der Haftung, etwa durch Vertragsverletzung oder Verzug, herbeiführe, dann hatte dafür auch der ausgeschiedene Gesellschafter. Die Stellung des Gläubigers dürfe durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht beeinträchtigt werden.

Von diesem Schutz der Stellung des Gläubigers geht auch das Reichsgericht⁴⁾ aus, wenn es zwar feststellt, daß zwischen der Gesellschaftsschuld und der persönlichen Schuld des ausgeschiedenen Gesellschafters ein Gesamtschuldverhältnis vorliege, aber darauf hinweist, daß § 425 I BGB nur gilt, soweit sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt und seine Entscheidung zugunsten des Gläubigers dann darauf

1) vgl. Flechtheim § 128 Anm.16; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm.32, § 129 Anm.14; Weipert § 129 Anm.10. Für Anwendung von § 425 I BGB ohne Einschränkung: Staub-Pinner § 128 Anm.18, § 129 Anm.15.

2) so RGZ 65, 26 (Lieferungsverzug vor dem Austritt eines Gesellschafters, Mahnung und Fristsetzung erst danach).

3) vgl. Hueck S.290; ebenso: Würdinger, Gesellschaften, Bd.I, S.130; Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, § 128 Anm.5, ohne Begründung.

4) RGZ 140, 10 (Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für den Schaden, der einem Vermieter wegen der durch gerichtlichen Vergleich bedingten vorzeitigen Kündigung von Geschäftsräumen durch die Gesellschaft entstanden war).

stützt, daß sich eben in dem betreffenden Fall aus dem Schuldverhältnis auch die Haftung des Ausgeschiedenen ergeben habe.

Diese Haftung werde überdies auch durch die Billigkeit und durch rechtspolitische Erwägungen gefordert. Wenn ein Vertrag mit einer Gesellschaft gerade mit Rücksicht auf die Beteiligung bestimmter zahlungsfähiger Personen abgeschlossen worden sei, so gehe es nicht an, dem Gesellschaftsgläubiger den Zugriff auf diese Persönlichkeiten dann zu verweigern, wenn die Gesellschaft notleidend wird und die zahlungsfähigen Gesellschafter schon ausgeschieden sind¹⁾.

Das ist wohl auch der Gedanke, der der französischen Anschauung zugrundeliegt, wenn man dort den ausgeschiedenen Gesellschafter innerhalb der Verjährungsfrist weiter so haften läßt, wie er als Gesellschafter gehaftet haben würde. Ob nach dem Ausscheiden zwischen der Gesellschaftsschuld und der Gesellschafterschuld ein Gesamtschuldverhältnis entsteht, braucht überhaupt nicht erörtert zu werden. Der Gesellschafter haftet weiterhin ähnlich einem Bürgen. Die Sekundärwirkungen der solidarité légale erstrecken sich auch auf ihn, so daß ihn die Folgen von Verzug oder Vertragsverletzung wohl selbst dann treffen dürften, wenn sie gar nicht in seiner Person eingetreten sind.

2. Haftung für die nach dem Ausscheiden entstehenden Verbindlichkeiten

Für die nach seinem Ausscheiden entstehenden Verbindlichkeiten der OHG haftet der Gesellschafter, wie auch im französischen Recht, nicht mehr. Maßgeblich ist in beiden Rechten der Zeitpunkt der Veröffentlichung des Ausscheidens.

Im Gegensatz zum französischen Recht wird in der Fortführung des Namens des Ausgeschiedenen in der Firma der OHG keine Täuschung Dritter gesehen. Die Firma kann unter der einzigen Voraussetzung, daß der ausgeschiedene Gesellschafter ausdrücklich einwilligt, unverändert fortgeführt werden (§ 24 HGB)

1) vgl. RGZ 140, 10 (16 f.); ferner Jacobi, Zur Haftung des aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters, in ZBH 1931, S.237 ff. (238).

Eine Weiterhaftung wird aus dieser Tatsache nicht hergeleitet, da allein die Eintragung ins Handelsregister und deren Bekanntmachung maßgebend sind (§ 15 HGB).

II. Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters für die bei seinem Eintritt bestehenden Verbindlichkeiten

1. Abschnitt: Französisches Recht

1. Vorbemerkungen

Haftet der neue Gesellschafter einer OHG, die schon gegründet ist und deren Geschäftsbetrieb läuft, solidarisch und unbeschränkt auch für jene Verbindlichkeiten, die vor seinem Eintritt von der Gesellschaft eingegangen worden sind?¹⁾

Im Gesetz findet sich außer der Grundnorm des Art. 22 C.com. keine Vorschrift hierüber. Die Lehrmeinungen gehen in dieser Frage auseinander. Es wird nicht bezweifelt, daß im Falle eines Konkurses der OHG die Einlage des neuen Gesellschafters, die in dem Gesellschaftsvermögen aufgegangen ist, auch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger herangezogen wird, gleichgültig, aus welcher Zeit ihre Rechte stammen. Zweifel bestehen vielmehr darüber, ob der neue Gesellschafter auch persönlich, mit seinem sonstigen Vermögen, für die bei seinem Eintritt schon bestehenden Schulden haftet.

2. Die verschiedenen Lehrmeinungen

Nach Ansicht einiger Autoren haftet der neu eintretende Gesellschafter für die bei seinem Eintritt in die OHG schon bestehenden Verbindlichkeiten in keinem Fall²⁾. Sie begründen dies folgendermaßen:

Der aus einer OHG ausscheidende Gesellschafter haftet nicht mehr für die Schulden, die nach der Veröffentlichung seines

1) vgl. Amiot, De la responsabilité... du nouvel associé, in Annales dr.com. 1900, S. 281 ff.; Pascaud, De la responsabilité des gérants qui se succèdent dans l'administration des sociétés en commandite simple, in RS 1899, S. 164 ff., 260 ff.

2) vgl. die sehr ausführliche Begründung dieser Meinung bei Amiot aaO.; ferner Thaller-Percey Nr. 414; Arthuys I Nr. 256.

Ausscheidens entstanden sind. Wenn der ausscheidende Gesellschafter sich somit der Haftung für alle späteren Verbindlichkeiten der OHG entziehen kann, warum soll das nicht auch der neu eintretende Gesellschafter für die schon bei seinem Eintritt bestehenden Verbindlichkeiten tun können? Wenn die Veröffentlichung des Eintritts eines neuen Gesellschafters nicht diese haftungsausschließende Wirkung haben soll, warum soll sie dann überhaupt vorgenommen werden? Es entspricht wohl der Absicht des neuen Gesellschafters, durch die Veröffentlichung seines Eintritts den Zeitpunkt festzulegen, von dem ab er haftet.

Da der neue Gesellschafter an den vor seinem Eintritt erzielten Gewinnen in der Regel nicht beteiligt wird, kann ihm auch umgekehrt nicht zugemutet werden, frühere Verluste mitzutragen. Ließe man den neuen Gesellschafter für die vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten haften, ohne daß er dem ausdrücklich zugestimmt hätte, dann bedeutete dies eine Verletzung des Prinzips der Beteiligung jedes Gesellschafters an Gewinn und Verlust. Dem neuen Gesellschafter würde in diesem Fall das Äquivalent zu seiner Haftung, nämlich die Aussicht auf einen Gewinn aus den früheren Geschäften, nicht gewährt (Art.1855 C.civ.)¹⁾. Schließlich konnten die alten Gläubiger auch nicht mit dem Eintritt eines neuen Gesellschafters rechnen. Ihnen reichte die Kreditwürdigkeit der OHG zum Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäftes aus, sonst hätten sie ja nicht mit der Gesellschaft kontrahiert²⁾.

Einer anderen Lehrmeinung zufolge muß hinsichtlich der Haftung für die alten Verbindlichkeiten unterschieden werden, ob der neu eintretende Gesellschafter seinen Eintritt in die OHG vorschriftsmäßig publiziert hat oder nicht. Hat er das getan, dann haftet er nur für die Verbindlichkeiten,

1) vgl. Amiot aaO. S.294 ff.; Arthuys I Nr.256.

2) vgl. Amiot aaO. S.291 ff.; Arthuys I Nr.256. - Bei fortlaufenden Geschäften, die vor dem Eintritt des Gesellschafters begonnen und erst danach beendet wurden, wird man sich zur Abgrenzung der Haftung an das Datum der Entstehung der Schuld halten müssen. vgl. Amiot aaO. S.293.

die vom Zeitpunkt seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft ab entstanden sind¹⁾.

Die jetzt wohl herrschende Lehre bejaht die Haftung des neuen Gesellschafters für alle bei seinem Eintritt bestehenden Verbindlichkeiten, und dies mit der hauptsächlichen Begründung, daß der Art.22 G.com. keinerlei Unterscheidung trifft, wenn er die solidarische Haftung aller Gesellschafter vorschreibe. Es sei daher gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt eine Verbindlichkeit begründet worden ist. In dem Augenblick, in dem die OHG verpflichtet wird, werde dies auch der Gesellschafter²⁾. Jedoch sei dieses Haftungsprinzip nicht unabdingbar. Vielmehr könnten die Statuten der Gesellschaft vorsehen, und dies auch mit Wirkung gegenüber Dritten, daß jeder neu eintretende Gesellschafter nur für die nach seinem Eintritt entstehenden Verbindlichkeiten haften solle. Dieselbe Wirkung habe ein von dem neuen Gesellschafter aus Anlaß seines Eintritts in die OHG veröffentlichter entsprechender Vorbehalt³⁾.

3. Rechtsprechung⁴⁾

Dem Urteil des Kassationshofes vom 12.3.1928⁵⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Jahre 1919 gründeten Ch. und 6 andere Beteiligte zum Betrieb eines Fischereiunternehmens eine faktische Gesell-

1) vgl. Pic-Kréher Nr.492; Lacour-Bouteron I Nr.308.

2) vgl. Hamel-Lagarde Nr.438; Escarra-Rault Nr.248; Houpin-Bosvieux I Nr.270, S.324 f.; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.277; Boistel, Anm. zu Civ.23.11.1897, D 1898.1.321.

3) vgl. Escarra-Rault Nr.248.

4) Von den wenigen zu dieser Frage veröffentlichten Urteilen befaßt sich nur das hier dargestellte mit der Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters. Die anderen Entscheidungen (Trib.com.Seine, 14.7.1841, Dalloz, Jurisprudence générale, Bd.40, sub verbo Société, Nr.1317; Civ.23.11.1897, D 1898.1.321 und die dort abgedruckten vorinstanzlichen Urteile) behandeln die Haftung eines neuen Geschäftsführers einer KG für die von seinem Vorgänger eingegangenen Verbindlichkeiten. Diese Urteile können jedoch als Vorläufer der hier dargestellten Entscheidung angesehen werden.

5) Req.12.3.1928, S 1928.1.226.

schaft¹⁾, der von einer Bank beträchtliche Kredite gewährt wurden. Nachdem die erzielten Geschäftsergebnisse nicht zufriedenstellend waren, wurde die Gesellschaft am 1.4.1920 in eine OHG mit denselben Gesellschaftern umgewandelt. In diese OHG trat am 30.6.1920 ein weiterer Gesellschafter, G., ein. Die Bank gewährte weiterhin Kredite.

Nachdem mit Urteil vom 11.6.1921 die OHG wegen unterlassener Publizierung des Gründungsvorganges aufgelöst und deren Liquidation angeordnet worden war, klagte die Bank ihre Forderung gegen die Gesellschaft ein. Die C.A.Rennes verurteilte daraufhin die 7 Mitglieder der faktischen Gesellschaft gemeinsam und solidarisch zur Zahlung der bis zum 1.4.1920 kreditierten Summe, und die Mitglieder der OHG, einschließlich G., zur Zahlung des vom 1.4.1920 bis zur Auflösung der Gesellschaft gewährten Kredites.

Gegen dieses Urteil legte G. Kassationsbeschwerde ein, wobei er zwar nicht bestritt, daß er als neu eingetretener Gesellschafter für die Altschulden der Gesellschaft hafte, aber u.a. darlegte, daß die nach dem 1.4.1920 gewährten Kredite insofern überhaupt keine Verbindlichkeiten der OHG darstellten, als sie lediglich der Abwicklung von Geschäften dienten, die einzig und allein die frühere faktische Gesellschaft angingen, deren Gesellschafter er aber niemals gewesen sei.

Hierzu führte das Gericht aus:

"Mais attendu, qu'au termes de l'art.22, C.com., les associés en nom collectif sont solidairement tenus de tous les engagements de la société; que G. ayant adhéré au pacte social en signant, le 30 juin 1920, l'acte de société sans formuler aucune réserve portée par une publication à la connaissance des tiers, est devenu personnellement responsable de l'intégralité du passif de la société, quelleque soit son origine; qu'ainsi la société bretonne de crédit, qui a déclaré qu'elle renonçait à poursuivre la société en nom collectif annulée pour défaut de publicité, est fondée à poursuivre contre G. le recouvrement de la dette qu'il a contractée solidairement avec ses sept coassociés... Rejette." (S.227)

1) société de fait, eigentlich société créée de fait, vgl. Escarra-Rault Nr.176.

Der Kassationshof beschränkt sich hier lediglich auf die Feststellung, daß der neu eintretende Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der OHG hafte, gleichgültig, woher diese stammen. Zu der Frage einer Unterscheidung der Verbindlichkeiten in solche, die vor und solche, die nach dem Eintritt des Gesellschafters entstanden sind, brauchte das Gericht nicht Stellung zu nehmen, da in der Kassationsbeschwerde dieses Problem auch nicht aufgeworfen worden war.

Der neu eintretende Gesellschafter haftet also für alle Verbindlichkeiten der OHG. Er kann die Haftung aber auf die nach seinem Eintritt entstehenden Verbindlichkeiten beschränken, wenn er dies vorschriftsmäßig publiziert. Das bejaht der Kassationshof implizite, wenn er in seiner Begründung darauf verweist, daß G. der OHG beigetreten sei, "sans formuler aucune réserve portée par une publication à la connaissance des tiers".

2.Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht

Gem. § 130 I HGB haftet ein neu eintretender Gesellschafter für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 128, 129 HGB. Der neue Gesellschafter wird damit den Gläubigern gegenüber so gestellt wie seine Mitgesellschafter.

Die Vorschrift des § 130 HGB ist zwingendes Recht. Eine entgegengesetzte Vereinbarung im Aufnahmevertrag ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 II HGB).

Die Haftung für die Altschulden der Gesellschaft bleibt auch bestehen, wenn die OHG später aufgelöst wird oder der neue Gesellschafter wieder ausscheidet. Auch ist es gleichgültig, ob er von dem Bestehen der Verbindlichkeiten Kenntnis hatte oder nicht. Dritten gegenüber haftet er in jedem Fall, es sei denn, der Dritte habe mit der Gesellschaft in unerlaubter Weise zum Schaden des neuen Gesellschafters zusammengewirkt¹⁾.

1) Zum Umfang der Haftung vgl. im einzelnen Schlegelberger-Geßler § 130 Anm.21 ff., Weipert § 130 Anm.10 ff.; Flechtheim § 130 Anm.11.

Während im deutschen Recht durch Gesetzesvorschrift die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die bei seinem Eintritt bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten zwingend vorgeschrieben ist, wird diese Haftung für die Altschulden nach französischem Recht zum Teil bestritten. Es wurde aber gezeigt, daß die Tendenz dahingeht, den neuen Gesellschafter auch für die alten Verbindlichkeiten haften zu lassen. Dabei muß allerdings beachtet werden, daß der neue Gesellschafter die Möglichkeit hat, seine Haftung auf die nach seinem Eintritt entstehenden Verbindlichkeiten zu beschränken.

Das ist von der Gesellschaft her gesehen zweifellos ein Vorteil. Solange die OHG zahlungsfähig ist, kommt es auf diese zusätzliche Haftung des neuen Gesellschafters ohnehin nicht an. Ist jedoch die finanzielle Lage einer Gesellschaft sehr angespannt, ihr Kreditvolumen erschöpft, aber gleichwohl dieser Zustand nur vorübergehender Art, so wird es den Gesellschaftern leichter fallen, einen Geldgeber zu gewinnen, der zugleich als Gesellschafter eintritt, wenn dieser für die Altschulden nicht in jedem Fall zu haften braucht und damit sein finanzielles Risiko einigermaßen überschaubar gestalten kann.

Aber auch die Gesellschaftsgläubiger, deren Schutz der § 130 HGB ja in erster Linie dient, werden nach der französischen Regelung normalerweise nicht schlechter gestellt sein. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters und damit die Zuführung weiterer Mittel für die Gesellschaft dürften sich, besonders bei angespannter Finanzlage der Gesellschaft, nur vorteilhaft auch für die Gläubiger auswirken und dazu beitragen, die OHG am Leben zu erhalten, selbst wenn der neue Gesellschafter jegliche Haftung für die Altschulden ausschließt. Bei einer deutschen OHG dagegen würde man in einer solchen Lage wohl nur in den seltensten Fällen überhaupt mit dem Eintritt eines neuen Gesellschafters rechnen können.

C. Haftung bei Konkurs und Vergleich

1. Abschnitt: Französisches Recht

I. Auswirkungen von Konkurs und règlement judiciaire der Gesellschaft auf die Gesellschafter

1. Das neue Konkursrecht von 1955

Mit dem Dekret vom 20.5.1955¹⁾ trat in Frankreich ein neues Konkursrecht in Kraft, das die bisherigen Bestimmungen des Code de commerce und verschiedener im Laufe der Zeit ergangener Gesetze auf diesem Gebiet ersetzte²⁾.

Die wichtigsten Neuerungen dieses Gesetzes sind die Abschaffung jeder Art von Zwangsvergleich (concordat) als Beendigung eines Konkursverfahrens und die Umgestaltung der liquidation judiciaire - bis dahin eine mesure de faveur - in ein règlement judiciaire als Verfahren des gemeinen Rechts³⁾. Der Gesetzgeber erstrebte durch die Neuregelung des Konkursrechtes eine Verschärfung der Folgen des Konkurses für den Gemeinschuldner und eine Beschleunigung des Verfahrens⁴⁾.

Nach dem alten Recht stellte die liquidation judiciaire⁵⁾

1) Die 181 Artikel dieses Dekrets, die die Art. 437 ff. a.F. C.com. ersetzten, wurden durch Ordonnance vom 23.12.1958 als Art. 437 ff. n.F. in den Code de Commerce eingefügt.

2) vgl. hierzu folgende Abhandlungen: Houin, La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire, in Rev.trim.dr.com. 1955, S.481 ff.; ders., La réforme de la faillite, in D 1956, Chronique S.7 ff.; Plaisant et Castellan, La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire (Commentaire du décret du 20 mai 1955) in JCP 1955.I.1263; Garcin, Réflexions sur la réforme de la faillite, in GP 1955.1. Doctrine S.74 f., derselbe, Nouvelles réflexions sur la réforme de la faillite, in GP 1955.2. Doctrine S.23 ff.

3) vgl. Houin, in Rev.trim. S.484. - Über die besonderen Wirkungen des Konkurses für den Gemeinschuldner im französischen Recht s. Lyon-Caen-Renault VII Nr.32 ff. u. Nr.176; Percerou-Desserteaux I Nr.441 ff.; Lacour-Bouteron II Nr.1719 ff.

4) "Il l'a considérée moins comme un procédé de règlement collectif dominé par l'intérêt des créanciers, que comme une mesure d'élimination des mauvais commerçants, dans l'intérêt de la profession commerciale et de l'économie nationale." Houin, in Rev.trim. S.484.

5) eingeführt durch Gesetz vom 4.3.1889.

eine mesure de faveur für einen Kaufmann¹⁾ dar, der ohne schweres eigenes Verschulden seine Zahlungen einstellen mußte und der als ein commerçant malheureux et de bonne foi nicht den schwerwiegenden Folgen des Konkurses ausgesetzt werden sollte²⁾. Die liquidation judiciaire endete in den meisten Fällen nicht mit einer Liquidation des Vermögens des Schuldners, sondern mit einem Vergleich und der Fortführung des Unternehmens. Die mit der Reform von 1955 eingeführte Bezeichnung règlement judiciaire entspricht daher mehr dem eigentlichen Vorgang, den man in Übertragung des französischen Ausdrucks als ein gerichtliches Schuldenabwicklungsverfahren bezeichnen kann.

Die Reform beschränkt sich aber nicht auf eine sprachliche Neuregelung. Nach altem Recht konnte die liquidation judiciaire nur vom Schuldner beantragt werden (Art.2 des Gesetzes vom 4.3.1889), und es lag im freien Ermessen des Gerichtes, diese Vergünstigung zu bewilligen oder nicht. Jetzt hat der Gesetzgeber dem Schuldner ausdrücklich ein Recht auf die Eröffnung des règlement judiciaire gegeben (Art.448 C.com.), wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen gem. Art.437 f. C.com. erfüllt hat. Es werden aber gleichzeitig im Art.448 C.com. eine Reihe von Fällen aufgeführt, in denen das Gericht ein Konkursverfahren eröffnen muß³⁾.

2. Auswirkungen des Gesellschaftskonkurses auf die Gesellschafter

Nach Art.445 C.com. wirkt sich das über das Gesellschaftsvermögen eröffnete Konkursverfahren bzw. das règlement judiciaire auch auf jeden einzelnen Gesellschafter aus⁴⁾. Das galt auch schon vor der Reform von 1955.

- 1) Nach französischem Recht kann das Konkursverfahren oder das règlement judiciaire nur über das Vermögen eines Kaufmanns im Sinne des Art.1 C.com. oder einer Handelsgesellschaft eröffnet werden, Art.437 C.com.
- 2) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1006; Percerou-Desserteaux I Nr.116; Lacour-Bouteron II Nr.1657.
- 3) vgl. Houin, in Rev.trim. S.494 ff.
- 4) Ein Gesellschafterkonkurs berührt jedoch die OHG oder die Mitgl. nur insofern, als dieses Verfahren ein Auflösungsgrund für die Ges. sein kann. vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1150; Percerou-Desserteaux III Nr.1641 u. 1645 f.

Die Gesellschafter einer OHG haften solidarisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Wenn die OHG ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, dann müssen die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen einspringen. Geschieht das nicht und stellt die OHG ihre Zahlungen ein, so wird das als ein Zeichen dafür angesehen, daß die persönlich haftenden Gesellschafter ebenfalls zahlungsunfähig geworden sind. Damit sind aber auch in ihrer eigenen Person die Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen gegeben¹⁾.

Das gilt aber nur für solche Gesellschafter, die im Augenblick der Zahlungseinstellung der OHG noch objektiv angehören. Der ausgeschiedene Gesellschafter wird davon nicht betroffen, wenn sein Ausscheiden aus der OHG vor der Zahlungseinstellung vorschriftsmäßig publiziert und Löschung im Handelsregister erfolgt war (Art.442 Abs.2 C.com.). Er haftet für die vor der Veröffentlichung seines Ausscheidens entstandenen Verbindlichkeiten lediglich bis zum Ablauf der kurzen Verjährungsfrist. Erfolgt die Veröffentlichung des Ausscheidens aber erst nach der Zahlungseinstellung, so wird über das Vermögen des ausgeschiedenen Gesellschafters der Konkurs bzw. das *règlement judiciaire* zum selben Zeitpunkt wie bei der OHG eröffnet. Der Gesellschafter kann in diesem Fall den Gesellschaftsgläubigern nicht entgegenhalten, daß er nicht mehr Kaufmann sei und daher auch nicht in Konkurs geraten könne²⁾.

Das Verfahren muß aber innerhalb eines Jahres vom Tage der Eintragung im Handelsregister ab beantragt werden (Art.442 Abs.1 C.com.)³⁾.

1) Vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1147; Percerou-Desserteaux III Nr.1637; Lacour-Bouteron II Nr.2179.

2) vgl. Percerou-Desserteaux III Nr.1637, S.130 Anm.3; Houpin-Bosvieux III Nr.2062; für die Rechtsprechung vor 1955 vgl. statt aller: Req.20.11.1928, D 1929.1.151 mit Anm.

3) Vor der Reform von 1955 entschied die Rechtsprechung, daß ein Ger. selbst dann in Konkurs fallen konnte, wenn die Ges. ihre Zahlungen nach der Veröffentlichung des Ausscheidens einstellte, und zwar für den Fall, daß die Umstände des Ausscheidens darauf hindeuteten, daß sich der Ger. dadurch nur einem etwaigen Konkurs der Ges. ent-

Wenn sich gem. Art.445 C.com. die Folgen einer Zahlungseinstellung der OHG grundsätzlich auch auf die Gesellschafter auswirken, so muß doch gefragt werden, ob, wenn die OHG in Konkurs gerät, dies auch automatisch den Konkurs der Gesellschafter nach sich zieht, oder ob es möglich ist, daß die Gesellschafter aus bestimmten Gründen ein *réglement judiciaire* zugebilligt erhalten.

Vor 1955 war diese Frage umstritten. Der Kassationshof entschied im allgemeinen, daß sich das Schicksal des Gesellschafters nach dem der Gesellschaft zu richten habe¹⁾.

Die überwiegende Meinung der Lehre und vieler Gerichte ging aber dahin, daß es durchaus zulässig sei, hinsichtlich der Folgen der Zahlungseinstellung der OHG zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern und den Gesellschaftern untereinander zu unterscheiden. So konnte etwa einem Gesellschafter einer in Konkurs geratenen OHG eine *liquidation judiciaire* zugebilligt werden, wenn dieser nicht schuldhaft an der Herbeiführung des Zustandes, der zur Zahlungseinstellung führte, mitgewirkt hat²⁾. Kriterium sollte die Mitwirkung der Gesellschafter an der Geschäftsführung und ihr persönliches Verhalten sein³⁾.

Eine wörtliche Auslegung des Art.445 C.com. könnte zu der Annahme verleiten, daß der Gesetzgeber sich jetzt auch für eine notwendige Angleichung des Schicksals der Gesellschaft-

.. ziehen wollte: C.A.Paris, 20.3.1954, GP 1954.2.197, 2.Urteil. - Angesichts des Art.442 n.F. C.com. ist es zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung weiterhin angewendet werden kann, da nach dieser Vorschrift ein ausgeschiedener Ger. nach Ablauf eines Jahres nach seiner Löschung im Handelsregister nicht mehr in Konkurs fallen kann im Zusammenhang mit dem Konkurs der OHG. - vgl. Houin, in Rev.trim. S.493.

1) vgl. statt aller: Req.15.2.1932, S.1932.1.134 mit Anm. Der Kassationshof hatte hier in einem Fall zu entscheiden, in dem die Gläubiger einer Ges., die sich in *liquidation judiciaire* befand, in 1.Instanz ein Urteil erwirkt hatten, in dem über das Vermögen der Ger. der Konkurs verhängt wurde; in 2.Instanz wurde dieses Urteil aufgehoben. Zur Kassationsbeschwerde führte der Kassationshof aus: "Attendu en effet que... la mise en liquidation judiciaire d'une société en nom collectif entraîne i p s o f a c - t o la mise en liquidation judiciaire de chacun de ses membres..." (S.135).

ter an das der Gesellschaft entschieden hat. Jedoch kann gem. Art.558 C.com. einem Gesellschafter einer Gesellschaft, über deren Vermögen das *règlement judiciaire* eröffnet ist, von den Gesellschaftsgläubigern ein persönlicher Vergleich zugestanden werden, während das Vermögen der Gesellschaft und der übrigen Gesellschafter nach den gesetzlichen Vorschriften liquidiert wird. Daraus läßt sich schließen, daß das Schicksal der Gesellschafter nicht unbedingt dasselbe sein muß wie das der Gesellschaft. Der Gesetzgeber wollte wohl vielmehr darauf hinweisen, daß die Zahlungseinstellung der Gesellschaft eine Liquidation des Vermögens der Gesellschafter zur Folge hat, ohne dabei eine automatische Angleichung hinsichtlich der beiden möglichen Verfahren zu fordern¹⁾.

Was jedoch die Eröffnung des jeweiligen Verfahrens anbelangt, so scheint es gem. Art.445 C.com. zu genügen, daß ein Urteil gegen die Gesellschaft ergangen ist, um auch die Verfahren gegen die einzelnen Gesellschafter als eröffnet anzusehen²⁾.

3. Die normale Stellung der Gesellschaftsgläubiger in den Verfahren gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter

Nach Eröffnung der jeweiligen Verfahren gegen die OHG und deren Gesellschafter steht den Gesellschaftsgläubigern das Recht zu, auch in den einzelnen Verfahren gegen die Gesellschafter ihre Forderung in voller Höhe anzumelden. Sie brauchen dabei die Teilbeträge, die sie etwa in einem Verfahren schon erhalten haben, nicht abzuziehen.

Dies wurde vor der Reform von 1955 mit der auf den Art. 542 ff. a.F. C.com. aufbauenden *théorie des coobligés en faillite* begründet³⁾. Der Art.542 a.F. C.com. gesteht dem

2) C.A.Paris, 21.5.1890, D 1891.2.361; S 1890.2.145; C.A.Bordeaux, 3.4.1911, D 1912.2.153; S 1913.2.265.

3) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1148; Percerou-Desserteaux III Nr.1639; Lacour-Bouteron II Nr.2179.

1) vgl. *Juris-Classeur des sociétés* IV, fascicule 56 Nr.42; *Dalloz Rép.III*, sub verbo *Faillite et règl.jud.* Nr.125.

2) vgl. *Dalloz Rép.III*, aaO. Nr.126.

3) vgl. dazu Lyon-Caen-Renault VIII Nr.919 ff.; Percerou-Desserteaux II Nr.827 ff.

"créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite" das Recht zu, in allen Verfahren den vollen Betrag seiner Forderung anzumelden bis zur vollständigen Befriedigung. Man wandte diese Vorschrift auch auf die Gesellschafter einer OHG an. Danach hafteten die Gesellschafter also zunächst einmal auf das Ganze, unbeschadet der möglichen Zahlungen aus den anderen Verfahren.¹⁾

Diese Regelung scheint auch nach dem neuen Konkursrecht weiter zu gelten, da die Bestimmungen der Art.542 ff. a.F. C.com. mit einigen hier nicht interessierenden redaktionellen Änderungen als Art.521 ff. C.com. übernommen worden sind²⁾.

II. Beendigung von Konkurs und règlement judiciaire und die Haftung der Gesellschafter

1. Beendigung des Konkurses

Nach dem neuen Konkursrecht kann ein Konkurs nicht mehr mit einem Zwangsvergleich (concordat) abgeschlossen werden (Art. 586 C.com.). Von der Eröffnung des Verfahrens ab befinden sich die Gesellschaftsgläubiger im Zustande der union, d.h. das Verfahren wird sogleich mit dem Ziele der vollständigen Verwertung aller Aktiva geführt³⁾.

Ist das Konkursverfahren über das Vermögen der OHG und der Gesellschafter eröffnet worden, so gilt hier das über die normale Stellung der Gesellschaftsgläubiger in beiden Verfahren Gesagte, d.h. die Gesellschaftsgläubiger melden ihre Forderung in voller Höhe in allen Verfahren an. Die Gesell-

1) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1219 bis; Percerou-Desserteaux III Nr.1695; Lacour-Bouteron II Nr.2197. - Req.25.11.1912, D 1913.1.417 (Zulassung einer Forderung zur liquidation judiciaire der Ges. und der Ger.); C.A.Dijon, 4.5.1881, S 1882.2.215 (Liquidation der Ges. und Konkurs eines Gesellschafters).

2) vgl. Houin, in Rev.trim. S.507.

3) "La loi appelle union le groupement ou l'association qui, à défaut de concordat, se continue entre les créanciers de la faillite... pour parvenir à la réalisation et à la répartition entre eux de l'actif du débiteur." Lacour-Bouteron II Nr.1934.

schafter haften so lange, bis die Gläubiger volle Befriedigung ihrer Forderung erlangt haben. Vorher brauchen die Gläubiger, die schon aus anderen Verfahren teilweise befriedigt worden sind, ihre angemeldeten Forderungen nicht zu berichtigen.

Wenn bei einem *règlement judiciaire* der Schuldner keinen Vergleichsvorschlag macht oder aber der Zwangsvergleich von den Gläubigern abgelehnt wird, dann befinden sich die Gläubiger gem. Art.586 C.com. ebenfalls im Zustand der *union*. Hinsichtlich ihrer Stellung in den verschiedenen Verfahren gilt dann dasselbe wie beim Konkurs.

Nach Abwicklung des Konkurses und Rechnungslegung durch den Konkursverwalter wird der Zustand der *union* aufgelöst. Die Gesellschaftsgläubiger erhalten ihr Recht zur persönlichen Verfolgung der Gesellschafter wieder zurück¹⁾.

Wenn somit nach Beendigung der Verfahren gegen die OHG und die einzelnen Gesellschafter noch ungedeckte Verbindlichkeiten bestehen bleiben, haften die Gesellschafter dafür mit ihrem künftigen Vermögen weiterhin in voller Höhe. Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger verjähren in der normalen Frist, d.h. 30 Jahre nach Auflösung der *union*. Die kurze Verjährung von 5 Jahren gem. Art.46 C.com. findet keine Anwendung, da Konkurs und *règlement judiciaire* kein Auflösungsgrund im Sinne dieser Vorschrift sind.

Das Gesetz von 1955 hat den Gläubigern die Verfolgung der Schuldner nach Auflösung der *union* insofern sehr erleichtert, als diese gem. Art.597 Abs.4 und 5 C.com. auf einfachen Antrag von dem Handelsgericht, bei dem das Konkursverfahren anhängig war, den Titel zur Beitreibung ihrer Forderungen erhalten können. Voraussetzung ist dabei, daß die Forderungen im Konkursverfahren anerkannt worden waren. Gegen diesen vollstreckbaren Titel kann kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden²⁾.

1) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.724 f.; Percerou-Desserteaux II Nr.1463.

2) Über die Besonderheiten dieses Titels s. den Wortlaut des Art.597 Abs.4 u.5 C.com.; vgl. auch Houin, in Rev. trim. S.515; Plaisant et Castellan, aaO., Erläuterungen zu Art.161.

2. Beendigung des r glement judiciaire

Das r glement judiciaire endet entweder mit einem Zwangsvergleich, mit einem Vergleich mit Vermögensabtretung (concordat par abandon d'actif) oder mit einer Umwandlung des Verfahrens in ein Konkursverfahren. Bei einer OHG gibt es wegen der verschiedenen gleichzeitig laufenden Verfahren gegen die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter auch verschiedene Möglichkeiten für die Beendigung des r glement judiciaire.

So können die Gesellschafter einen Zwangsvergleich erreichen, während für die OHG das r glement judiciaire in ein Konkursverfahren überführt wird. (a)

Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die OHG und einige Gesellschafter einen Zwangsvergleich zugestanden bekommen, während einige andere Gesellschafter in den Zustand der union versetzt werden. (b)

Enden schließlich sämtliche Verfahren mit einem Zwangsvergleich, so können diese Vergleiche wiederum untereinander verschieden sein. (c)

Diese drei Möglichkeiten sollen im folgenden untersucht und die Haftung der Gesellschafter in jedem einzelnen Fall dargestellt werden¹⁾.

a) Das r glement judiciaire der Gesellschafter endet mit einem Zwangsvergleich, während das der OHG in ein Konkursverfahren umgewandelt wird.

Dieser Fall ist im Art.588 C.com. ausdrücklich vorgesehen²⁾. Nach dieser Vorschrift verbleibt das gesamte Gesellschaftsvermögen einschließlich der Geschäftsanteile der Gesellschafter, die den Zwangsvergleich erlangt haben, unter der Regelung der union.  ber ihr persönliches Vermögen erhalten die Gesellschafter die Verfügungsfreiheit zurück. Ihre Zahlungen gem. dem Vergleichsvorschlag dürfen sie aber nur aus dem Privatvermögen leisten.

1) vgl. Houin, in Rev.trim. S.509 ff.; Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1209 ff.; Percerou-Desserteaux III Nr.1689 ff.

2) Art.531 a.F. C.com.

Die Gesellschafter, die einen Zwangsvergleich erlangt haben, sind hinfort von jeder Haftung für die Verbindlichkeiten der OHG befreit. Die Gesellschaftsgläubiger können selbst dann nichts mehr verlangen, wenn zwischen dem Gesamtbetrag ihrer Forderung und den erhaltenen Quoten noch eine Differenz bestehen bleibt¹⁾.

Wenn außer dem Verfahren der OHG auch noch das *règlement judiciaire* eines Gesellschafters oder auch mehrerer in ein Konkursverfahren überführt wurde, so haften diese Gesellschafter selbstverständlich nach den für den Konkurs geltenden Regeln weiter.

Hinsichtlich der Beziehungen der Gesellschafter untereinander stellt sich die Frage, inwieweit ein Gesellschafter, dessen Vergleichsquote unter dem von ihm zu tragenden Anteil an den Gesellschaftsverbindlichkeiten lag, von seinen Mitgesellschaftern, die mehr bezahlt haben, auf Ausgleich in Anspruch genommen werden kann.

Im Gesetz findet sich hierfür keine Regelung. Es wird die Meinung vertreten, daß die Gesellschafter, die mehr bezahlt haben, als ihrem Anteil entspricht, gegen den Gesellschafter, der durch seinen Vergleich weniger bezahlt hat, einen Rückgriffsanspruch haben. Der Vergleich zwischen den Gläubigern und diesem Gesellschafter sei für sie *res inter alios acta* und habe daher ihnen gegenüber keinerlei bindende Wirkung. Jedoch soll dieser Anspruch erst dann geltend gemacht werden dürfen, wenn der Gesellschafter seine Vergleichsquote bezahlt habe. Auch dürfe sich der Rückgriff nicht auf solche Vermögensteile beziehen, die für die Befriedigung der Gläubiger bestimmt seien, denn es ginge nicht an, daß die Gesellschafter, denen kein oder nur ein ungünstigerer Vergleich zugestanden worden sei, mit ihren Ansprüchen die Gesellschaftsgläubiger schädigten²⁾.

1) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1213; Percerou-Desserteaux III Nr.1690; Arthuys II Nr.1047.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1213 bis; Arthuys II Nr.1047; - Percerou-Desserteaux III Nr.1690 bis zweifeln die Genauigkeit dieser Lösung an und behaupten, der Zwangsvergleich könne auch den Mitgesellschaftern entgegengehalten werden.

Für den umgekehrten Fall, daß nämlich ein Gesellschafter eine höhere Vergleichsquote bezahlen muß, als seinem Anteil entspricht, hat er einen Rückgriffsanspruch gegen seine Mitgesellschafter für den Betrag, der seinen Verlustanteil übersteigt¹⁾.

b) Die OHG und einige Gesellschafter erlangen einen Zwangsvergleich, die anderen Gesellschafter werden in den Zustand der union versetzt.

Hier stellt sich in erster Linie die Frage, ob die Gesellschafter, denen kein Zwangsvergleich zugestanden wurde, ihre Haftung für die Gesellschaftsschulden auf die Vergleichsquote der OHG beschränken können, oder ob sie voll haften.

Man erkennt allgemein an, daß die Gesellschaftsgläubiger bei dem Vergleich mit der OHG Vorbehalte machen können, in denen sie sich ihre vollen Rechte hinsichtlich der persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter sichern. In diesem Fall profitieren die Gesellschafter also nicht von dem der OHG gewährten Nachlaß²⁾.

Für den Fall, daß keine genaue Abgrenzung hinsichtlich der Geltung des Vergleichs gegenüber den Gesellschaftern vorliegt, gehen die Meinungen auseinander.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, daß sich die Gesellschafter nicht auf den Zwangsvergleich der OHG berufen könnten. Da die OHG eine von den Gesellschaftern verschiedene Rechtspersönlichkeit habe, seien daraus auch die verschiedenen Lösungen für die Gesellschaft und die Gesellschafter zu erklären. Der Verzicht von Seiten der Gesellschaftsgläubiger sei für diese zwingendes Recht und daher nur auf die OHG als Rechtspersönlichkeit bezogen. Auch könne man nicht annehmen, daß die Gesellschaftsgläubiger den Gesellschaftern persönlich einen Nachlaß gewähren wollten, da deren Schicksal ja nicht nur von ihnen, den Gesell-

1) vgl. obige Autoren; a.A. Percerou-Desserteaux III Nr.1690 bis, S.192 Anm.2.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1214; Percerou-Desserteaux III Nr.1692 bis; Arthuys II Nr.1048.

schaftsgläubigern, sondern auch von den Privatgläubigern abhängen. Diese aber könnten einen solchen Vergleich jederzeit dadurch zunichte machen, daß sie beschlössen, den Gesellschaftler in den Zustand der union zu versetzen¹⁾.

Die Rechtsprechung äußert sich im entgegengesetzten Sinne. Der Art.524 C.com.²⁾, wonach die Gläubiger trotz des Zwangsvergleichs ihren vollen Anspruch gegen die Mitschuldner des Hauptschuldners behalten, ist danach auf die Gesellschaftler nicht anwendbar, da diese sich nicht wie die gewöhnlichen Mitschuldner durch besondere Verträge zu einer zusätzlichen Sicherheitsleistung verpflichtet haben. Da die Gesellschaftler somit in bezug auf die OHG nicht als Dritte angesehen werden können, muß ihnen der Vergleich, den die Gläubiger der Gesellschaft gewährt haben, ebenfalls zugute kommen³⁾.

c) Sämtliche Verfahren enden mit einem Zwangsvergleich. Geht man von der Auffassung aus, daß der Zwangsvergleich der OHG für die Gesellschaftler selbst nicht wirksam ist, dann ist es möglich, daß in den einzelnen Verfahren durchaus verschiedene Zwangsvergleiche abgeschlossen werden, die Haftung der einzelnen Gesellschaftler für die Gesellschaftsschulden also unterschiedlich sein kann⁴⁾.

Betrachtet man aber den Zwangsvergleich der OHG auch als für die Gesellschaftler wirksam, so wäre es ein Widerspruch, den Gesellschaftsgläubigern das Recht einzuräumen, in dem Zwangsvergleich der Gesellschaftler ihre volle Forderung

1) vgl. obige Autoren, ferner Houpin-Bosvieux III Nr.2067.

2) Art.545 a.F. C.com.

3) "Attendu que la dette de la société résultant de sa gestion est une, que le recouvrement en soit poursuivi contre l'un ou l'autre des associés responsables; qu'elle est donc dans l'un et l'autre cas également régie par le concordat qui est la loi générale de la société faillie, lorsqu'il n'a point été expressément restreint à l'un des associés."

Civ.5.12.1864, D 1865.1.15; S 1865.1.29.- vgl. auch Req.31.5.1932, DH 1932, 361 (Auch ein ausgeschiedener Ger., der von dem Konkurs der Ges. nicht mehr betroffen wurde, kann sich bei Inanspruchnahme durch einen Ges. gläubiger auf den der Ges. sowie allen derzeitigen und gewesenen Gesellschaftern gewährten Zwangsvergleich berufen.)

4) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr.1215; Percerou-Desserteaux III Nr.1693; Arthuys II Nr.1049.

geltend zu machen und auf dieser Basis über den Vergleich abzustimmen. Die Gesellschafter hätten in diesem Fall das Recht, den Zwangsvergleich der OHG mit allen seinen Bedingungen, besonders aber der Höhe des gewährten Nachlasses, geltend zu machen¹⁾.

Eine letzte Art der Beendigung des *règlement judiciaire* ist der Vergleich mit Vermögensabtretung. Hierunter versteht man einen Vertrag, in dem der Schuldner sich den Gläubigern gegenüber zur Abtretung seines ganzen Vermögens oder eines Teiles davon verpflichtet unter der Bedingung, daß er von allen Verpflichtungen frei wird, selbst dann, wenn die Gläubiger sich aus der von ihnen durchgeführten Verwertung des abgetretenen Vermögens nicht vollständig befriedigen können. Hinsichtlich der Wirkung der Abtretung des Gesellschaftsvermögens auf die Haftung der Gesellschafter gilt, daß diese Art des Vergleichs auch für die einzelnen Gesellschafter wirksam ist. Durch die Abtretung des Vermögens hat die OHG keine Mittel mehr, um den Geschäftsbetrieb fortzuführen, wenn nicht die Gesellschafter aus ihrem Privatvermögen durch entsprechende Einlagen dies ermöglichen. Lasse man aber die Gesellschafter weiterhin für die gesamten Verbindlichkeiten der OHG haften, so wären sie vielfach nicht in der Lage, die nötigen Mittel zur Weiterführung des Unternehmens aufzubringen. Das widerspräche aber dem Sinn des *règlement judiciaire* und der Absicht der Vertragsparteien des Vergleichs²⁾.

2. Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht

1. Vorbemerkungen

Im deutschen Recht zieht der Konkurs der OHG nicht automatisch auch den der einzelnen Gesellschafter nach sich. Der Gesellschaftskonkurs kann sich völlig unabhängig abwickeln, solange die Gesellschafter durch die Inanspruchnahme von

1) vgl. Anm. 4 S. 111.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault VIII Nr. 1208; Percerou-Desserteaux III Nr. 1710; Houpin-Bosvieux III Nr. 2068; Req. 31.5.1932, DH 1931, 361 (s. S. 111 Anm. 3).

Seiten der Gläubiger der OHG nicht selbst zahlungsunfähig werden.

Der gesonderte Konkurs der OHG ist eine Folge der Verselbstständigung ihres Vermögens und ein Ausdruck ihrer Parteifähigkeit. Für die Gesellschaftsgläubiger ist die Konkursfähigkeit der OHG besonders vorteilhaft, da von der Eröffnung des Verfahrens ab die Konkursmasse ihrer ausschließlichen Befriedigung dient, während die Privatgläubiger der Gesellschafter davon ausgeschlossen sind¹⁾.

Da die OHG jedoch nicht als juristische Person angesehen wird, so sind Gemeinschuldner alle Gesellschafter, auch die nicht geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten. Sie alle üben die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners aus, und zwar jeder für sich. Bedeutsam wird die Ausübung der Gemeinschuldnerrechte durch jeden einzelnen im Hinblick auf die unbeschränkte persönliche Haftung. So hat z.B. jeder Gesellschafter das Recht, im Prüfungsverfahren die angemeldeten Forderungen zu bestreiten²⁾.

Der Konkurs der OHG bedeutet für diese - anders als im französischen Recht - einen zwingenden Auflösungsgrund (§ 131 Ziff.3 HGB). Die Auflösung kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch spätere Vereinbarungen verhindert werden³⁾. Es beginnt nun die Abwicklung mit dem Ziel der restlosen Verwertung der Aktiva zwecks Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, wobei allerdings eine Beendigung des Verfahrens durch einen Zwangsvergleich noch möglich ist.

Ein dem deutschen Recht entsprechendes gerichtliches Konkursabwendungsverfahren gibt es in Frankreich nicht⁴⁾.

2. Haftung im Konkurs der Gesellschaft und nach Beendigung des Verfahrens

Zur Konkursmasse gehört das gesamte bei der Eröffnung des Verfahrens pfändbare Gesellschaftsvermögen einschließlich

1) vgl. Jaeger KO II § 209, 210 Anm.14.

2) vgl. Jaeger KO II § 209, 210 Anm.9 ff.; Hueck S.246 f.

3) vgl. Weipert § 131 Anm.23.

4) vgl. Percerou-Desserteaux II Nr.1291; Dalloz Rép.II, sub verbo Faillite-réglement judiciaire Nr.2663.

der Ansprüche der OHG gegen die Gesellschafter, etwa wegen noch ausstehender Einlagen. Die Konkursmasse dient der ausschließlichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Privatgläubiger der Gesellschafter sind bei der Verfolgung ihrer Ansprüche auf deren persönliches Vermögen angewiesen, ohne aber hier gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eine Bevorzugung zu erlangen¹⁾.

Neben der Geltendmachung ihrer Forderung im Konkurs der OHG bleibt für die Gesellschaftsgläubiger das Recht zur persönlichen Inanspruchnahme der einzelnen Gesellschafter gem. § 128 HGB bestehen. Gerade im Konkursfall bekommt die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter eine besondere Bedeutung. Der Gesellschaftsgläubiger kann jederzeit während des Konkursverfahrens der OHG gegen deren einzelne Gesellschafter vorgehen, sofern nicht über das Privatvermögen der Gesellschafter ebenfalls der Konkurs eröffnet worden ist. Er kann auch auf die Geltendmachung seiner Forderung im Gesellschaftskonkurs verzichten und sich nur auf eine persönliche Verfolgung beschränken²⁾.

Während des Konkursverfahrens steht dem Gesellschaftsgläubiger also einmal ein Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse zu. Zum anderen bleibt die persönliche Haftung der Gesellschafter weiterhin bestehen. Dabei wird es nicht selten sein, daß die wegen dieser persönlichen Haftung in Anspruch genommenen Gesellschafter ebenfalls in Konkurs geraten, so daß neben dem Gesellschaftskonkurs gleichzeitig ein oder mehrere Gesellschafterkonkurse laufen.

Im Vergleich dazu ist das französische Konkursrecht viel rigoroser. Dort wird einfach angenommen, daß bei Zahlungseinstellung der Gesellschaft die Gesellschafter ebenfalls zahlungsunfähig geworden sind. Das hat zur Folge, daß auch über das Privatvermögen der Gesellschafter der Konkurs oder das *réglement judiciaire* eröffnet wird, wobei allerdings die Möglichkeit besteht, diese Verfahren verschieden zu beenden, je nach dem Grad der Mitwirkung an der Herbeiführung des Zustandes, der zur Zahlungsunfähigkeit der OHG

1) vgl. Jaeger KO II § 209, 210 Anm.14.

2) vgl. Jaeger KO II § 212 Anm.9; Weipert § 128 Anm.24.

geführt hat.

Geht man von der Konzeption der OHG als einer engen, auf gegenseitigem Vertrauen und auf Zusammenarbeit beruhender Gemeinschaft ihrer Mitglieder aus, so ist die französische Regelung durchaus folgerichtig. Wenn sich schon die Gesellschafter zu einer solch engen Gemeinschaft verbunden haben, dann werden sie alles tun, um die OHG zu retten. Geschieht dies nicht, so ist das ein Zeichen dafür, daß auch die privaten Mittel der Gesellschafter erschöpft sind. Dies ist umso mehr anzunehmen, als die für den Konkursfall drohenden Rechtsminderungen, besonders auch die starke Beschränkung der Ausübung staatsbürgerlicher Rechte, und die schwierige Rehabilitation im französischen Recht - im Gegensatz zu den wesentlich geringeren Rechtsminderungen nach deutschem Recht¹⁾ - schon ein Anreiz sein müssen, alles zu tun, um den Konkurs der Gesellschaft und damit den eigenen zu vermeiden.

In der Praxis ist es jedoch in Deutschland auch vielfach so, daß der Konkurs der OHG den der Gesellschafter nach sich zieht. Man kann davon ausgehen, daß die Gesellschaftsgläubiger stets versuchen werden, zuerst eine Befriedigung ihrer Ansprüche von den Gesellschaftern zu erlangen. Werden die so in Anspruch genommenen Gesellschafter auch zahlungsunfähig, so sind deren Konkurse in der Regel unvermeidlich. Das Ergebnis käme in diesem Fall dem französischen gleich.

Trotz dieses in vielen Fällen letztlich gleichen Ergebnisses bietet die deutsche Regelung einen nicht zu unterschätzenden Vorteil. Sie läßt nämlich einem zahlungsfähigen Gesellschafter einer OHG für den Fall, daß die Gesellschaft auf die Dauer doch nicht zu retten ist und er sich in der Lage sieht, den sich aus seiner persönlichen Haftung ergebenden Verpflichtungen ohne den totalen Verlust seines Privatvermögens nachzukommen, die Möglichkeit, sich von dieser für ihn lästigen Bindung, wenn auch unter großen Opfern, zu lösen. In diesem Fall ist nach der deutschen Regelung für

1) vgl. für das deutsche Recht Jaeger KO I § 66 Anm.20b; Mentzel-Kuhn KO § 6 Anm.7; - für das französische Recht Lyon-Caen-Renault VII Nr.32 ff. u. 176 ff.; Percerou-Desserteaux I Nr.441 ff.

den einzelnen Gesellschafter nicht nur unter persönlichen, sondern auch unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten mehr gewonnen, als wenn er automatisch auch in Konkurs geriete. Es wird dabei, zumindest für zahlungsfähige Gesellschafter, die Zerschlagung von Vermögenseinheiten, die der Konkurs normalerweise mit sich bringt, vermieden¹⁾.

Nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses bleibt die Haftung der Gesellschafter gem. § 128 HGB für die ungedeckt gebliebenen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weiter bestehen. Die Gläubiger können jedoch nicht ohne weiteres auf Grund der in der Konkurstabelle festgestellten Verbindlichkeiten der OHG einen vollstreckbaren Titel auch gegen die einzelnen Gesellschafter erwirken. Dem steht § 129 IV HGB entgegen. Zwar sind im Gesellschaftskonkurs die Gesellschafter Träger der Gemeinschuldnerrolle. Insofern steht jedem von ihnen das Recht zu, Konkursforderungen zu bestreiten. Aus der Tatsache jedoch, daß die in die Konkurstabelle aufgenommenen Forderungen unbestritten geblieben sind, ergibt sich aber lediglich das Bestehen einer Gesellschaftsschuld. Der einzelne Gesellschafter hat immer noch das Recht, wenn er in Anspruch genommen oder wenn über sein Privatvermögen ebenfalls das Konkursverfahren eröffnet wird, die ihm persönlich zustehenden Einwendungen gem. § 129 I HGB zu erheben. Daher kann ein Gesellschaftsgläubiger eine Vollstreckungsklausel auf Grund des Tabelleneintrags gegen einen Gesellschafter nicht erlangen. Er muß vielmehr gegen diesen einen gesonderten vollstreckbaren Titel erwirken. In diesem Verfahren hat dann der Gesellschafter die Möglichkeit, seine persönlichen Einwendungen noch vorzubringen²⁾.

Ein solches Verfahren ist nach französischem Recht nicht mehr erforderlich. Dort kann der Gläubiger - entsprechend der Verfolgungsmöglichkeit, die der § 164 KO einem Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner, oder im Falle des Gesellschaftskonkurses gegen die Gesellschaft als solche bietet - auf Grund des Tabelleneintrags auf einfachen Antrag

1) vgl. auch Jaeger, Konkurs der OHG, S.172 ff.

2) vgl. Mentzel-Kuhn KO § 212 Anm.3; Jaeger KO II § 164 Anm.9.

hin von dem Konkursgericht einen vollstreckbaren Titel auch gegen den Gesellschafter erlangen. Der Grund für diese Regelung liegt wohl darin, daß der Gesellschafter in dem zwangsläufig über sein Privatvermögen verhängten Konkursverfahren oder im *réglement judiciaire* die Gelegenheit hatte, die Konkursforderung auch persönlich zu bestreiten.

3. Zusammentreffen von Gesellschaftskonkurs und Gesellschafterkonkurs

Wie schon ausgeführt wurde, ist es durchaus nicht selten, daß der Konkurs der OHG wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter den Privatkonkurs eines oder mehrerer Gesellschafter nach sich zieht. Dies entspricht dann der Lage, wie sie sich gemäß französischem Recht normalerweise nach der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses ergibt.

Während aber im französischen Recht den Gesellschaftsgläubigern zugebilligt wird, in den gleichzeitig laufenden Verfahren ihre Forderung jeweils in voller Höhe geltend zu machen, unbeschadet etwa schon erhaltener Teilzahlungen aus anderen Verfahren, bestimmt § 212 I KO, daß die Gesellschaftsgläubiger in dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines Gesellschafters Befriedigung nur wegen desjenigen Betrages suchen können, für den sie im Gesellschaftskonkurs keine Befriedigung erhalten. Im Privatkonkurs besteht somit nur noch eine Ausfallhaftung des Gesellschafters. Er haftet jetzt sekundär, während nach französischem Recht in diesem Falle die normalerweise sekundäre Gesellschafterhaftung gewissermaßen zu einer primären wird, da der Gesellschaftsgläubiger seine volle Forderung geltend machen kann.

Der Gesellschaftsgläubiger kann zwar im Privatkonkurs seine ganze Forderung anmelden, aber eine anteilmäßige Befriedigung erlangt er nur für den Betrag, für den er im Gesellschaftskonkurs ausgefallen ist. Diese Regelung dient dem Schutz der Privatgläubiger eines Gesellschafters, da diese ja schon den gesamten Geschäftsanteil den Gesellschaftsgläubigern überlassen müssen¹⁾. Bei der Verteilung

1) vgl. Mentzel-Kuhn KO § 212 Anm.2; Jaeger KO II § 212 Anm.4 f.

ist gem. § 212 II KO der Anteil auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis die Höhe des Ausfalls im Konkurs der OHG feststeht.

Treffen mehrere Privatkonkurse zusammen, so findet der Grundsatz des § 68 KO unmittelbare Anwendung, d.h. die Gesellschaftsgläubiger können bis zur Vollbefriedigung in jedem einzelnen Verfahren den vollen Betrag, mit dem sie im Gesellschaftskonkurs ausfallen, geltend machen und für den Fall, daß kein Gesellschaftskonkurs eröffnet wurde, die gesamte Forderung gegen die OHG.

Werden die mehreren Privatkonkurse nicht gleichzeitig, sondern nacheinander eröffnet, so findet eine staffelmäßige Befriedigung statt, d.h. die Gläubiger können jeweils nur den im vorhergehenden Konkurs erlittenen Ausfall geltend machen¹⁾.

Trifft der Gesellschaftskonkurs mit dem Privatkonkurs eines ausgeschiedenen Gesellschafters zusammen, so findet § 212 KO keine Anwendung. Es gilt vielmehr § 68 KO, wonach die Gesellschaftsgläubiger den vollen Betrag der Altschulden, den sie bei der Eröffnung des Privatkonkurses des Ausgeschiedenen noch zu fordern haben, anmelden können²⁾. Diese Regelung entspricht der des französischen Rechts.

Wie dort beläuft sich die Verjährungsfrist für die in der Privatkonkursstabelle festgestellten Gesellschaftsschulden auf 30 Jahre vom Tage der rechtskräftigen Feststellung an (§ 218 I,2 BGB).

4. Haftung bei Zwangsvergleich

Das Konkursverfahren kann, falls Einigung darüber erzielt wird, mit einem Zwangsvergleich enden. Diese Möglichkeit gibt es nach dem neuen französischen Konkursrecht nicht mehr. Der Zwangsvergleich (concordat) ist dort auf das règlement judiciaire beschränkt. Bei dem Vergleich der Wir-

1) vgl. Jaeger KO I § 68 Anm.4, KO II § 212 Anm.13; derselbe, Konkurs der OHG S.178 ff.

2) vgl. Mentzel-Kuhn KO 212 Anm.2; Jaeger KO II § 212 Anm.11.

kungen des Zwangsvergleichs muß deshalb beachtet werden, daß das Verfahren, das mit dem Zwangsvergleich beendet wird, in beiden Rechten verschieden ist, in Deutschland der Konkurs der Gesellschaft, der nicht notwendig auch den der Gesellschafter nach sich zieht, in Frankreich das *règlement judiciaire*, von dem alle Gesellschafter betroffen werden.

Gemäß § 211 II KO begrenzt der Zwangsvergleich, den die OHG zugiebilligt erhält, auch den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter, soweit nicht ein anderes festgesetzt ist. Der Sinn dieser Vorschrift liegt darin, daß die OHG als wirtschaftliche Einheit am Leben erhalten werden soll. Das kann aber nur geschehen, wenn ihr von den Gesellschaftern neue Mittel zugeführt werden. Ließe man aber die Gesellschafter weiterhin für den vollen Betrag der Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, so würde der Zweck des ganzen Vergleichs vereitelt¹⁾. Selbstverständlich ist es möglich - und unter gewissen Umständen wird ein Vergleich auch nur dadurch zustande kommen -, daß sich einige Gesellschafter verpflichten, über die Vergleichsschranke hinaus weiterhaften zu wollen. Das bedarf aber einer ausdrücklichen Festsetzung (§ 211 II KO). In diesem Fall kann angenommen werden, daß eine solche in den Vergleichsinhalt aufgenommene Übereinkunft "eine unmittelbare Vollstreckbarkeit der festgestellten Ansprüche gegen die Gesellschafter auslöst"²⁾.

Bei gleichzeitigem Zwangsvergleich für die OHG und einen oder mehrere Gesellschafter erleiden die Gesellschaftsverbindlichkeiten eine doppelte Verminderung. Falls nichts anderes vereinbart ist, erhalten die Gesellschafter also zunächst einmal eine Haftungsbegrenzung auf den im Zwangsvergleich der OHG geminderten Schuldbetrag. Die nunmehr verbleibende Gesellschaftsverbindlichkeit wird in dem Zwangsvergleich des Gesellschafters nochmals herabgesetzt. Jedoch wirkt sich die in dem Privatzwangsvergleich erreichte weitere Haftungsbegrenzung nicht auf die Mitgesellschafter

1) vgl. Jaeger KO II § 211 Anm.3; Mentzel-Kuhn KO § 211 Anm.2.

2) Jaeger KO II § 211 Anm.7.

aus, da gem. § 193 S.2 KO die Rechte der Gläubiger gegen die Mitschuldner des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden¹⁾.

Der Ausgleichsanspruch der Mitgesellschafter gegen den vergleichschließenden Gesellschafter wird aber herabgemindert, da es sich um eine bedingte Konkursforderung handelt, die von dem Zwangsvergleich ebenfalls erfaßt wird²⁾. Im französischen Recht dagegen wird die Auffassung vertreten, daß der Ausgleichsanspruch in voller Höhe geltend gemacht werden könne, allerdings erst dann, wenn der Gesellschafter seine Vergleichsquote bezahlt habe.

Die im deutschen Recht ausdrücklich geregelte Frage der Begrenzung der persönlichen Haftung durch den Zwangsvergleich der OHG ist im französischen Recht umstritten. Nach deutschem Recht sind die Gesellschafter Gemeinschuldner. Sie haften für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in ihrem jeweiligen Bestand einmal verbunden mit ihrem Gemeinschaftsvermögen, dann aber zugleich auch mit ihrem Privatvermögen, und zwar ist diese Haftung primär. Eine Begrenzung der Gesellschaftsschuld hat daher auch eine Begrenzung der Gesellschafterschuld zur Folge³⁾. Dies ergibt sich aber für das französische Recht, wo die Gesellschafter eine bürgenrechnende Stellung haben, nicht ohne weiteres. Die Rechtsprechung vertritt jedoch die Ansicht, daß sich die Gesellschafter trotz der eigenen Rechtspersönlichkeit der OHG auf den dieser zugestimmten Zwangsvergleich berufen können, damit der eigentliche Zweck des Vergleichs auch wirklich erreicht wird.

Insofern entsprechen sich die Wirkungen des Zwangsvergleichs in beiden Rechten. Die Möglichkeit, daß ein oder mehrere Gesellschafter sich verpflichten, über die Vergleichsschranke hinaus zu haften, wird im französischen Recht insofern eingeschränkt, als ja über das Vermögen aller Gesellschafter das *règlement judiciaire* eröffnet worden ist. Denkbar wäre jedoch, daß sich die Gesellschaftsgläubiger

1) vgl. Jaeger KO II § 211 Anm.9 mit weiteren Nachweisen.

2) vgl. Jaeger KO II § 193 Anm.16.

3) vgl. Jaeger KO II § 211 Anm.3.

hinsichtlich der Höhe der Quoten der einzelnen Vergleichsverfahren bestimmte Zusicherungen geben lassen und davon das Zustandekommen und den Umfang des Gesellschaftsvergleichs abhängig machen.

Für den vor Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen Gesellschafter tritt die durch den Zwangsvergleich der OHG begrenzte Schuldenhaftung nicht ein. Hier gilt die konkursrechtliche Regel des § 193 S.2 KO weiter. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist Mitschuldner des Gemeinschuldners. Die Gläubigerrechte diesem gegenüber werden von dem Vergleich des Gemeinschuldners nicht berührt. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet folglich in vollem Umfang weiter. Auch trifft der wirtschaftliche Grund für die Bestimmung des § 211 II KO, nämlich den Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, der OHG nach dem Zwangsvergleich neue Mittel zuzuführen, für den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht mehr zu.

Die Gesellschafter haben somit die Möglichkeit, einen Teil ihrer Haftung endgültig auf den Ausgeschiedenen abzuwälzen, ohne daß dieser dafür ein volles Rückgriffsrecht gegen die Gesellschafter bekäme, da der Rückgriffsanspruch ebenfalls der Vergleichsminderung unterliegt¹⁾.

Demgegenüber kann sich nach Auffassung des Kassationshofes ein ausgeschiedener Gesellschafter bei Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger auf den der Gesellschaft sowie allen derzeitigen Gesellschaftern gewährten Zwangsvergleich berufen²⁾.

1) vgl. Jaeger KO II § 211 Anm.5; RGZ 142, 206.

2) s.oben S.111 Anm.3.

D. Haftung bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

1. Abschnitt: Französisches Recht

I. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

1. Haftung bei Auflösung der Gesellschaft

Für die Auflösung der OHG als einer durch Beschluß der Gesellschafter oder einen sonstigen Grund bewirkten Rechtshandlung stellt sich die Frage nach der Gesellschafterhaftung in erster Linie im Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtswirksamkeit der Auflösung.

Damit die Auflösung der OHG rechtswirksam wird, bedarf sie der Veröffentlichung nach den Vorschriften der Art. 59 bis 61 des Gesetzes vom 24.7.1867, in der Neufassung vom 31.10.1935. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Hinterlegung der Protokolle der mit der Auflösung und Liquidation zusammenhängenden Beschlüsse beim zuständigen Handelsgericht und der Veröffentlichung der notwendigen Einzelheiten in einem amtlichen Publikationsorgan¹⁾.

Die Nichtbeachtung der Publizitätsvorschriften zieht die Nichtigkeit aller hinsichtlich der Auflösung der OHG gefaßten Beschlüsse nach sich²⁾. Das hat zur Folge, daß die Gesellschaftsgläubiger jederzeit vorbringen können, die OHG bestehe für sie weiterhin. Für die Haftung der Gesellschafter kann sich das besonders dann nachteilig auswirken, wenn sie nach Ablauf von 5 Jahren nach der Auflösung noch von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden. In diesem Fall steht ihnen die Einrede der kurzen Verjährung gem. Art. 46 C.com. nicht zu, und sie haften mit ihrem Privatvermögen weiterhin³⁾.

2. Haftung während der Liquidation

Nach der rechtswirksamen Auflösung der OHG tritt an die Stelle des Gesellschaftsvermögens ein ungeteiltes Miteigen-

1) vgl. dazu im einzelnen Hamel-Lagarde Nr. 478; Escarra-Rault Nr. 267.

2) Art. 58 des Gesetzes v. 24.7.1867.

3) vgl. Hamel-Lagarde Nr. 478 u. 492; Escarra-Rault Nr. 268 u. 319.

tum der Gesellschafter. Die Rechtspersönlichkeit der OHG erlischt, und die persönliche Haftung der Gesellschafter käme jetzt von Rechts wegen alleine zum Zuge.

Diese an sich normale Folge der Auflösung der OHG kann sich aber sehr nachteilig für deren Gläubiger auswirken. Da eine Auflösung der OHG zu jedem Zeitpunkt möglich ist, sehen sich die Gläubiger der ständigen Gefahr ausgesetzt, plötzlich einen der Hauptvorteile, den die OHG als Rechtspersönlichkeit bietet, nämlich den alleinigen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, zu verlieren. Gläubigerschutz und Kreditinteressen der OHG verlangen daher eine Regelung, die mit der Auflösung der Gesellschaft nicht auch zugleich deren Rechtspersönlichkeit untergehen läßt¹⁾.

Da im Gesetz keinerlei Vorschriften über die Liquidation zu finden sind, haben Lehre und Rechtsprechung versucht, diese Lücke auszufüllen²⁾.

Wichtigster und allgemein anerkannter Grundsatz der Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist der, daß die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft nach der Auflösung als für die Zwecke der Liquidation weiterbestehend gilt³⁾.

Danach läßt sich für die Haftung der Gesellschafter folgendes feststellen:

Die Gesellschafter werden vor verfrühten Verfolgungen seitens der Gesellschaftsgläubiger geschützt. Das Recht der Gesellschaftsgläubiger auf eine persönliche Verfolgung der Gesellschafter wird durch die Liquidation nicht beeinträchtigt. Sie müssen aber, wenn sie einen Gesellschafter schon während der Liquidation persönlich in Anspruch nehmen wollen, denselben Weg einschlagen, den ihnen die Rechtsprechung für den Fall einer nicht aufgelösten Gesellschaft weist, d.h. sie müssen in einem Verfahren von dem Vertreter der OHG, jetzt dem Liquidator, die Schuld als Gesellschafts-

-
- 1) vgl. Hamel-Lagarde Nr.486; Escarra-Rault Nr.280 f.; Houpin-Bosvieux I Nr.285; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.366.
 - 2) "C'est la lacune la plus grave du droit français des sociétés." Escarra-Rault Nr.280.
 - 3) vgl. dazu Bastian, La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation, in JS 1937 S.1 ff. u. S.65 ff.

schuld anerkennen lassen und müssen die Gesellschaft in Verzug setzen. Es genügt jedoch hier, daß die Zahlung vom Liquidator gefordert wurde, dieser aber nicht zahlt. In diesem Fall bedarf es keines der sonst üblichen Mittel, um die OHG in Verzug zu setzen¹⁾.

Hinsichtlich der während der Liquidation vom Liquidator eingegangenen Verbindlichkeiten muß geprüft werden, in welchem Umfange er berechtigt ist, die OHG und damit die Gesellschafter zu verpflichten²⁾.

Streng genommen besteht gegenüber solchen Gläubigern, deren Rechte nach der Auflösung der OHG entstanden sind, die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit nicht mehr. Diese Gläubiger hätten von der Auflösung der OHG Kenntnis haben müssen. Eine strenge Anwendung dieses Prinzips kann sich allerdings für Dritte, die nach der Auflösung der OHG mit dem Liquidator kontrahieren, nachteilig auswirken, so daß die Rechtsprechung sich genötigt sah, in dieser Hinsicht großzügiger zu verfahren. Sie läßt daher die Fiktion des Weiterbestehens der OHG auch diesen Gläubigern gegenüber gelten, wobei sie aber Sorge trägt, daß der Kreis der für die Bedürfnisse der Liquidation erforderlichen Geschäfte streng abgegrenzt und nicht überschritten wird³⁾. Welche Geschäfte für die Bedürfnisse der Liquidation notwendig sind, läßt sich von vornherein nicht immer sagen. Das bleibt vielmehr einer Entscheidung von Fall zu Fall überlassen⁴⁾.

Solange der Liquidator Verbindlichkeiten eingeht, die für die Abwicklung des Liquidationsverfahrens erforderlich sind, verpflichtet er die OHG.

Überschreitet er jedoch seine Befugnisse, was besonders

- 1) vgl. Hamel-Lagarde Nr.486; Escarra-Rault Nr.280 u.283; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.366;- Req.6.1.1936, S 1936.1. 107 (Vom Liquidator nicht voll befriedigter Gesellschaftsgläubiger kann die Gesellschafter persönlich sofort in Anspruch nehmen).
- 2) Über die Befugnisse des Liquidators s. Hamel-Lagarde Nr.488; Escarra-Rault Nr.282 ff. u.293 ff.
- 3) vgl. Escarra-Rault Nr.283 B; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.366 j, S.366 f.; Lacour-Bouteron I Nr.360.
- 4) vgl. im einzelnen Escarra-Rault Nr.283 B.

dann der Fall ist, wenn er Verbindlichkeiten eingeht, die für die Liquidation nicht erforderlich waren, sondern der Weiterführung des Geschäftsbetriebes dienten, so verpflichtet er die OHG damit nur in dem Maße, als diese durch sein Handeln bereichert worden ist. Dabei verbleibt den Gläubigern das Recht, die persönliche Haftung des Liquidators geltend zu machen¹⁾. Da es jedoch für Außenstehende nicht immer leicht ist zu erkennen, ob es sich bei den mit dem Liquidator getätigten Geschäften um solche handelt, die vorzunehmen er befugt ist, räumen die Gerichte den Gläubigern das Recht ein, sich auf das Fortbestehen der OHG immer dann zu berufen, wenn sie zu der Annahme berechtigt waren, der Liquidator handle im Rahmen der ihm übertragenen Befugnisse²⁾.

3. Haftung der Erben eines Gesellschafters

Der Tod eines Gesellschafters zählt zu den im Gesetz vorgesehenen Auflösungsgründen für eine Gesellschaft (Art.1865 C.civ.). Da aber das Gesetz diesen Auflösungsgrund nur in Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter sehen will³⁾, können diese vereinbaren, daß die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben des Verstorbenen oder unter den überlebenden Gesellschaftern allein fortgeführt wird (Art.1868 C.civ.). Eine entsprechende Fortsetzungsklausel wird denn auch normalerweise schon in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen. Die Gesellschaft besteht dann kraft dieses ursprünglichen Vertrages weiter. Die Erben treten an die Stelle des Verstorbenen⁴⁾.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.283 B; Pic-Kréher Nr.638.

2) "Il faut faire intervenir ici la notion d'apparence pour pallier les inconvénients qui résulteraient de la stricte application des principes." Escarra-Rault Nr.283 B; Req.1.7.1930, JS 1932, 16 (Kläger durfte annehmen, daß das mit dem Liquidator getätigte Geschäft der Abwicklung diene und daher bei Nichterfüllung Schadensersatz von dem Mitgesellschafter verlangte). vgl. jedoch im Sinne einer strengen Begrenzung der Geschäfte auf die Zwecke der Liquidation die Ausführungen in C.A.Montpellier, 8.2.1933, JS 1935, 428.

3) vgl. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.312.

4) vgl. Ripert, La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé, in Rev.gén.dr.com. 1938, S.9.

Die Frage nach der Haftung der Erben für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ist mit der anderen Frage verbunden, ob die Fortsetzungsklausel des Gesellschaftsvertrages für die Erben etwas Unabwendbares darstellt, ob also einfach durch den Eintritt des Erbfalls die ganze persönliche Haftung eines offenen Handelsgesellschafters auf sie übergeht.

In ihrer einfachsten Form stellt die Fortsetzungsklausel, die bestimmt, daß alle Erben Gesellschafter werden, nur die Anwendung des normalen Erbrechts dar. Die Erben werden als einzelne Gesellschafter kraft des Gesellschaftsvertrags und der 'erbrechtlichen Vorschriften'¹⁾. Die Pflicht zur Fortsetzung der Gesellschaft gemäß der Fortsetzungsklausel wird allen volljährigen Erben auferlegt und stellt für diese eine wirkliche Erbschaftslast (charge successorale) dar. Sie können sich dieser Pflicht, wie bei jeder sonstigen Erbschaft, nur durch Ausschlagung der Erbschaft entziehen²⁾.

Nehmen die Erben die Erbschaft an, dann werden sie in jedem Fall persönlich haftende Gesellschafter. Da sie als solche voll und ganz an die Stelle des Erblassers treten, übernehmen sie auch dessen gesamte Haftung, d.h. sie haften für alle bei ihrem Eintritt in die OHG schon bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Will ein Erbe diese volle Haftung vermeiden, so steht es ihm frei, die Erbschaft unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß anzunehmen (acceptation sous bénéfice d'inventaire). In diesem Fall wird seine Haftung zwar auf den Betrag der ererbten Aktiva beschränkt, das gilt aber nur für die Haftung für Verbindlichkeiten, die vor Eröffnung des

1) Im Ges.vertrag kann jedoch vorgesehen werden, daß die Erben lediglich als Kommanditisten in die OHG eintreten, die dann in eine KG umgewandelt wird. Das hat den doppelten Vorteil, daß einerseits die Leitung der Ges. den überlebenden Gesellschaftern allein vorbehalten bleibt, während andererseits die Erben nicht die für die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters erforderlichen Eigenschaften aufzuweisen brauchen. vgl. dazu Hamel-Lagarde Nr.481.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.271; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.319
bis

Nachlasses entstanden sind. Trotz seiner Haftungsbeschränkung behält der Erbe die Eigenschaft eines offenen Handelsgesellschafters und haftet für alle nach dem Antritt der Erbschaft entstandenen Verbindlichkeiten der OHG mit seinem Privatvermögen¹⁾. Gegen eine Haftung für diese Verbindlichkeiten kann er sich jedoch dadurch schützen, daß er die Auflösung der OHG aus wichtigem Grunde beantragt, wenn die Situation der Gesellschaft ein solches Vorgehen rechtfertigt²⁾.

II. Verjährung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter

1. Beendigung der Liquidation

Über den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation gehen die Meinungen auseinander.

Diejenigen Autoren, die in der Liquidation in erster Linie einen Vorgang im Interesse der Gesellschafter sehen, um deren jeweilige Anteile am Gesellschaftsvermögen zu bestimmen und dessen Teilung vorzubereiten, legen den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation auf den Augenblick der Rechnungslegung durch den Liquidator und dessen Entlastung durch die Gesellschafter³⁾ oder auf den Augenblick der endgültig vollzogenen Teilung des Gesellschaftsvermögens⁴⁾.

Der Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation hängt hier also weitgehend von einer Übereinkunft zwischen dem Liquidator und den Gesellschaftern ab.

Dabei wollen jedoch einige Autoren im Interesse der Gläubiger die Beendigung der Liquidation bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens hinausgeschoben wissen, wenn sich nach der Rechnungslegung durch den Liquidator noch Gläubiger einstellen und diese damit eigentlich ihrer Vorzugsrechte gegenüber den persönlichen Gläubigern der Gesell-

1) vgl. Anm. 2 S. 126.

2) vgl. Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 319 bis u. 332.

3) vgl. Pic-Kréher Nr. 650; Lacour, De la permanence du patrimoine social et du droit de gage des créanciers sociaux après la dissolution de la société, non suivie de liquidation, in JS 1915, S. 5 ff.

4) vgl. Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr. 403.

schafter verlustig gingen¹⁾). Nach der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bleiben diese Gläubiger allerdings auf die direkte Verfolgung der ehemaligen Gesellschafter angewiesen und werden deren persönlichen Gläubigern gleichgestellt²⁾.

Schließlich gilt nach einer weiteren Meinung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber die Liquidation jedoch erst dann als beendet, wenn die gesamten Verbindlichkeiten der OHG, also die bekannten und die unbekannten, beglichen oder verjährt sind. Verbleibt nach Begleichung aller bekannten Verbindlichkeiten noch ein Überschuß aus dem Liquidationserlös und wird dieser unter die Gesellschafter verteilt, so können etwaige sich später noch meldende Gläubiger von den ehemaligen Gesellschaftern verlangen, vorausgesetzt, daß ihre Forderungen nicht verjährt sind, daß sie die erhaltenen Beträge in dem Maße zurückerstatten, als es zur Begleichung der Forderungen nötig ist³⁾.

Diese Regelung der Beendigung der Liquidation wäre dann für die Gesellschaftsgläubiger vorteilhaft, wenn auch noch Privatgläubiger der Gesellschafter ihre Forderungen geltend machen. Durch die endgültige Verteilung der Aktiva auf die einzelnen Gesellschafter verschwindet ja das Gesellschaftsvermögen als solches. Die Gesellschaftsgläubiger könnten, wenn sie die Beendigung der Liquidation auf Grund eines einseitigen Beschlusses der Gesellschafter und des Liquidators hinnehmen müßten, von diesem Zeitpunkt an nur noch gegen die Gesellschafter persönlich vorgehen und wären damit den Privatgläubigern der Gesellschafter gleichgestellt⁴⁾.

Nach der Rechtsprechung genügt grundsätzlich eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern, um die Beendigung der Liquidation herbeizuführen⁵⁾. Hinsichtlich der unbefriedigten

1) vgl. Pic-Kréher Nr.650; Houpin-Bosvieux I Nr.285; Lacour aaO. S.7 u. 10 f.

2) so auch Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.403.

3) vgl. Hamel-Lagarde Nr.486; Escarra-Rault Nr.301 u.307; Bastian aaO. S.71 ff.

4) vgl. Bastian aaO. S.72.

5) Beendigung der Liquidation nach Rechnungslegung durch den Liquidator und dessen Entlastung durch die Gesellschafter: ...

Gläubiger wird in einigen Entscheidungen implizite die Liquidation erst dann als beendet angesehen, wenn die Verteilung der Aktiva unter die Gesellschafter vollzogen ist. Die Gläubiger behalten selbst nach der Rechnungslegung und der Entlastung des Liquidators ihre Vorzugsrechte auf das noch nicht verteilte Vermögen. Nach vollzogener Teilung jedoch werden die Gesellschaftsgläubiger den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter gleichgestellt¹⁾.

In einigen anderen Urteilen hingegen wird im Interesse der Gläubiger festgestellt, daß die Liquidation selbst dann nicht beendet sein soll, wenn sich nach Rechnungslegung und Verteilung der Aktiva noch Gläubiger melden. Eine Verteilung der Aktiva schaffe hier lediglich Eventualrechte und schränke die Vorzugsrechte der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern der Gesellschafter nicht ein²⁾.

In Zweifelsfällen entscheidet das Gericht nach den Umständen über den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation³⁾.

Die Beendigung der Liquidation selbst ist nicht publizitätspflichtig. Der Liquidator ist jedoch verpflichtet, die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu beantragen⁴⁾.

Schließlich stellt sich noch die Frage, welche Haftung den Gesellschaftern obliegt, wenn sie nach Auflösung der OHG sogleich zur Teilung des Gesellschaftsvermögens übergehen. Gibt es hier einen der Beendigung der Liquidation vergleichbaren Zeitpunkt, von dem ab die Gesellschafter nur noch alleine haften, oder ist es auch hier noch möglich, das Gesellschaftsvermögen als solches als Sicherheit für die Gläubiger der OHG zu betrachten?

.. Civ.23.5.1870, S 1871.1.106; Req.7.12.1925, S 1926.1.181; C.A.Paris 26.10.1933, DH 1934, 27; C.A.Montpellier 1.6.1955, JCP 1955.II.8680. -

Beendigung nach vollzogener Teilung des Ges.vermögens:
Civ.6.3.1872, D 1872.1.169; Civ.11.3.1884, D 1884.1.199.

1) Civ.28.3.1855, S 1855.1.294;

Civ.22.3.1898, D 1903.1.397.

2) Civ.2.12.1885, D 1886.1.357; Civ.21.7.1920, D 1921.1.137.

3) Req.18.12.1883, S 1886.1.27; Req.14.2.1896, D 1897.1.217.

4) vgl. Hamel-Lagarde Nr.486; Escarra-Rault Nr.305; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.403 f; Lacour-Bouteron I Nr.362 mit Rechtsprechungsnachweisen.

Grundsätzlich ist eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens nicht erforderlich. Die Gesellschafter können nach der Auflösung der OHG sofort zur Verteilung des Vermögens übergehen¹⁾. Das kann sich in der Form vollziehen, daß die Gesellschafter das Bruttovermögen unter sich verteilen, wobei sich jeder verpflichtet, den auf ihn entfallenden Anteil an den Verbindlichkeiten zu begleichen. Die Gesellschafter können aber auch das Gesellschaftsvermögen einem einzigen der Mitgesellschafter übertragen, der dann die Verbindlichkeiten begleicht und jedem der Gesellschafter seinen Anteil an dem sich etwa ergebenden Überschuß zukommen läßt²⁾.

Nach Lacour³⁾ gilt dann folgendes:

Gläubiger, deren Existenz bei Auflösung der OHG bekannt war, sollen ein Recht haben, ihre Ansprüche auf das Gesellschaftsvermögen so lange geltend zu machen, bis sie befriedigt sind. Sie können daher auch gegen Dritte, die nicht Gesellschaftsgläubiger sind, vorgehen, falls diese ihrerseits Ansprüche auf das geteilte Vermögen erheben bzw. daraus schon etwas erlangt haben.

Gläubiger, die bei Auflösung der OHG nicht bekannt waren, aber ihre Forderungen später als berechtigt nachweisen können, werden von einer bevorzugten Befriedigung aus dem verteilten Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen und den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter gleichgestellt.

Da bei einer Auflösung der OHG ohne nachfolgende Liquidation die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft mit der Auflösung erlischt, ist also von diesem Zeitpunkt an eine direkte Verfolgung der Gesellschafter in jedem Fall möglich.

2. Die Verjährungsfrist von 5 Jahren

Während des Bestehens der OHG gelten für Rechte, die gegen diese oder die Gesellschafter geltend gemacht werden können,

1) vgl. Pic-Kréher Nr.613; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.363; Lacour-Bouteron I Nr.345; Lacour aaO. S.9; a.A. Hamel-Lagarde Nr.485; Bastian aaO. S.13.

2) vgl. Lacour-Bouteron I Nr.345.

3) aaO. S.10 f.

die normalen Verjährungsregeln. Die Verjährungsfrist beträgt also grundsätzlich 30 Jahre (Art.2262 C.civ.).

Wenn nun aber die OHG aufgelöst und die Liquidation beendet ist, welche Möglichkeiten haben dann etwaige Gläubiger, die ihre Forderungen nicht rechtzeitig angemeldet hatten bzw. aus dem Liquidationserlös nicht voll befriedigt wurden, um noch zu ihrem Recht zu kommen? Oder umgekehrt: Wie lange haften die Gesellschafter der aufgelösten OHG noch persönlich gegenüber solchen Gläubigern?

Weder die Auflösung der OHG noch die vollzogene Teilung des Liquidationserlöses befreien die Gesellschafter von ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Sie haften jetzt nach dem Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der OHG alleine und direkt, d.h. die Gläubiger können sich unmittelbar an einen beliebigen Gesellschafter halten¹⁾.

Wollte man nun die Gesellschafter noch 30 Jahre lang für Verbindlichkeiten der OHG haften lassen, so bedeutete das für sie eine starke Belastung und eine Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfähigkeit insofern, als sie ja stets noch auf lange Sicht unter der Drohung stünden, für die Forderungen etwaiger Gesellschaftsgläubiger persönlich eintreten zu müssen.

Deshalb hat der Gesetzgeber im Art.46 C.com.²⁾ eine verkürzte Haftungszeit festgelegt, um die wirtschaftliche Entschlußfreiheit der Gesellschafter nicht zu sehr zu beeinträchtigen³⁾. Danach gilt für den in dieser Vorschrift bezeichneten Personenkreis eine Verjährungsfrist von 5 Jahren, von der Beendigung oder der Auflösung der Gesellschaft ab gerechnet.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.246; Houpin-Bosvieux I Nr.270; Pic-Kréher Nr.487.

2) Vor dem Erlass des Dekrets über das Handelsregister vom 9.8.1953: Art.64 C.com.

3) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492 f.; Escarra-Rault Nr.318 ff.; Houpin-Bosvieux I Nr.285 ff.; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.248 ff. Die Regelung des Art.46 C.com. kann gleichsam als Ausgleich für die persönliche Haftung der Gesellschafter einer OHG angesehen werden. vgl. Escarra-Rault Nr.318.

Die Einrede der kurzen Verjährung wird gem. Art.46 C.com. von 2 Voraussetzungen abhängig gemacht:

- a) die Gesellschaft muß aufgelöst sein,
- b) die Auflösung muß vorschriftsmäßig publiziert worden sein.

Als Auflösung der OHG im Sinne des Art.46 C.com. gilt nicht nur die allgemeine Auflösung, die das Ende des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft zur Folge hat, sondern auch die teilweise Auflösung, die dann eintritt, wenn ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird. Für den ausgeschiedenen Gesellschafter gilt die OHG als aufgelöst, und er ist nach Ablauf von 5 Jahren von seiner Haftung befreit. Das gilt auch für die Erben eines Gesellschafters, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern beschlossen worden ist¹⁾.

Für den Fall einer Fusion zweier offener Handelsgesellschaften kann die Einrede der kurzen Verjährung ebenfalls geltend gemacht werden. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, ob beide Gesellschaften aufgelöst worden sind, oder ob es sich um eine Fusion durch Aufnahme handelt. Im letzteren Falle bleibt ja die aufnehmende Gesellschaft bestehen. Die Einrede der kurzen Verjährung steht sonach nur den Gesellschaftern der aufgenommenen OHG zu²⁾.

Die Auflösung der Gesellschaft stellt die notwendige, aber auch ausreichende Voraussetzung für die kurze Verjährung dar. Der Art.46 C.com. kann also auch dann angewendet werden, wenn der Auflösung der OHG keine effektive Liquidation gefolgt ist, die Gesellschafter vielmehr sogleich das Gesellschaftsvermögen unter sich verteilt haben³⁾.

1) vgl. Hamel-Lagarde Nr.496; Escarra-Rault Nr.319; Pic-Kréher Nr.657; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.430 u. 442; ferner Wahl, Anm. zu C.A.Rouen, 19.6.1909, S 1911.2.65. Die kurze Verjährung gilt auch für die Mitglieder einer faktischen Gesellschaft: C.A.Poitiers, 18.7.1894, S 1896.2.171.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.319; Pic-Kréher Nr.657; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.430 f.

3) vgl. obige Autoren

Für den Fall des Konkurses oder des *réglement judiciaire* der OHG findet der Art.46 C.com. keine Anwendung, da diese Verfahren eine Auflösung der Gesellschaft nicht bedingen¹⁾.

3. Die der kurzen Verjährung unterworfenen Ansprüche

Der Art.46 C.com. bezeichnet *a l l e* Ansprüche gegen den dort aufgeführten Personenkreis als nach 5 Jahren verjährt. Es bedarf jedoch einer Begrenzung dieser Ansprüche auf solche, die von Dritten, und zwar von den Gesellschaftsgläubigern, gegen die Betreffenden geltend gemacht werden können²⁾. Nicht unter diese Verjährung fallen daher Ansprüche der Gesellschafter untereinander, der Gesellschaft gegen die Gesellschafter und der Gesellschafter gegen den Liquidator oder die früheren Geschäftsführer³⁾.

Der kurzen Verjährung sind alle die Ansprüche unterworfen, die auf die Erfüllung einer von der OHG eingegangenen Verpflichtung gerichtet sind. Dazu gehören einmal alle Ansprüche, die während des Bestehens der OHG begründet wurden. Es zählen dazu aber auch die Ansprüche, die während der Liquidation der Gesellschaft entstanden sind und schon während dieser Zeit oder aber erst nach der Teilung des Vermögens gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden⁴⁾.

Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine Verbindlichkeit handelt, die durch ein gegen die OHG ergangenes Urteil festgestellt worden oder um eine solche, die auf Grund irgend eines Rechtes entstanden ist. Unter dem Begriff *action* wird im Art.46 C.com. nicht nur das Recht verstanden, gerichtliche Schritte einzuleiten, sondern auch die Vollstreckung eines bereits ergangenen Urteils zu betreiben. Hat ein Gläubiger gegen die OHG vor deren Auflösung ein Urteil erstritten, so können ihm später die Gesellschaf-

1) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492; Escarra-Rault Nr.319; Pic-Kréher Nr.657; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.430. - Der Kassationshof hat die Anwendung des Art.46 C.com. auch für den Fall verneint, daß die OHG erst nach der Auflösung in Konkurs gerät: Civ.27.12.1905, D 1908.1.145.

2) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492.

3) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.432 bis; s.u. S.139 f.

4) vgl. Escarra-Rault Nr.320.

ter, gegen die er die Vollstreckung des Urteils betreibt, die Einrede der kurzen Verjährung entgegenhalten. Hier wird also auch eine Judikatsschuld, die normalerweise in 30 Jahren verjährt, der kurzen Verjährung unterworfen¹⁾.

Der Art.46 C.com. setzt voraus, daß die Ansprüche gegen die Gesellschafter als solche geltend gemacht werden, d.h. auf Grund der ihnen als Gesellschafter einer OHG obliegenden persönlichen und unbeschränkten Haftung. Wenn aber schon vor der vollständigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ein Teil des Gesellschaftsvermögens verteilt wurde, dann stellt sich die Frage, welchen Anspruch die nicht befriedigten Gläubiger gegen die Gesellschafter haben und ob dieser Anspruch dann der kurzen Verjährung unterworfen ist.

Die Meinungen gehen in diesem Fall auseinander. Man ist sich darüber einig, daß die Gläubiger, wenn sie sich hier an die Gesellschafter wenden, sich nicht auf deren persönliche Haftung berufen, sondern daß sie lediglich das Recht geltend machen, aus dem Gesellschaftsvermögen, das zum Teil schon unter die Gesellschafter verteilt ist, befriedigt zu werden²⁾.

Nach Lyon-Caen-Renault³⁾ handelt es sich bei diesem Anspruch um eine action directe, die aber, da die kurze Verjährung als Ausgleich zu der besonders strengen Haftung der offenen Handelsgesellschafter gedacht ist, dieser Verjährung nicht unterworfen sein soll, weil sich die Gläubiger hier ja eben nicht auf diese Haftung der Gesellschafter berufen.

Nach anderer Ansicht wird die action directe abgelehnt und, falls sie doch einmal gegeben sein sollte, als der kurzen

-
- 1) vgl. Escarra-Rault Nr.320; Pic-Kréher Nr.658; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.433; Req.1.2.1886, S 1886.1.54 (Inhaber von mehreren vollstreckbaren Titeln gegen eine Ges. betreibt nach deren Auflösung und Ablauf der kurzen Verjährungsfrist die Vollstreckung gegen einen ehemaligen Gesellschafter, wird aber abgewiesen. vgl. besonders die Ausführungen des Berichterstatters, S.54 f.).
- 2) vgl. Escarra-Rault Nr.320; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.438; Lacour-Bouteron I Nr.371.
- 3) Bd.II,1 Nr.438.

Verjährung unterworfen angesehen. Man sagt hier, daß es für die action directe gegen die Gesellschafter des Rechtsgrundes ermangle, so daß die Gläubiger nur die action oblique gemäß Art.1166 C.civ. geltend machen könnten. Die Gläubiger hätten einen Anspruch gegen den Liquidator, der hinsichtlich der Verteilung des Vermögens schuldhaft gehandelt habe. Dieser wiederum habe ein Rückgriffsrecht gegen die Gesellschafter, und nur dieses Recht könnten die Gläubiger gem. Art.1166 C.civ. ausüben¹⁾.

Nach der Rechtsprechung unterliegen alle Ansprüche, die von den Gesellschaftsgläubigern gegen die Gesellschafter, die nicht zu Liquidatoren bestellt worden sind, geltend gemacht werden können, der kurzen Verjährung:

"Attendu que cet article (46 C.com.) par la généralité de ses termes s'applique à toutes les actions qui peuvent être dirigées par les créanciers sociaux contre l'associé non liquidateur et ne distingue pas entre les actions ayant pour but de le contraindre à l'exécution des obligations personnelles qu'il aurait contractées comme associé et celles tendant à la restitution par lui des sommes qu'il aurait indûment reçues sur l'actif social, sauf l'action qui pourrait, suivant les cas, appartenir au liquidateur contre l'associé qui aurait touché ce qu'il n'avait pas le droit de recevoir." 2)

Da der Kassationshof hier eine Interpretationsregel aufgestellt hat, ohne jedoch im einzelnen auf die Art der Ansprüche näher einzugehen, wird es bei der Bestimmung der Verjährungsfrist darauf ankommen, festzustellen, ob es sich bei dem vom Gesellschaftsgläubiger erhobenen Anspruch um eine action directe oder um eine action oblique handelt³⁾.

4. Ausgangspunkt und Unterbrechung der kurzen Verjährung

Seit dem Erlass des Dekrets vom 31.10.1935, das für alle Fälle der Auflösung einer Gesellschaft die Veröffentlichung in einem amtlichen Publikationsorgan anordnet, gilt als Ausgangspunkt für die kurze Verjährung der Tag, an dem die Auflösung publiziert worden ist. Dasselbe gilt auch für den

1) vgl. Lacour-Bouteron I Nr.371; Arthuys II Nr.785; Labbé, Anm. zu Req.27.1.1873, S 1873.1.433.

2) Req.27.1.1873, S 1873.1.433 (435).

3) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492; Lacour-Bouteron I Nr.371.

der Auflösung gleichgesetzten Fall einer Nichtigerklärung der Gesellschaft¹⁾.

Handelt es sich aber bei der Verbindlichkeit um eine solche, die während der Liquidation entstanden ist, dann setzt man wohl am zweckmäßigsten als Ausgangspunkt für die Verjährung den Tag fest, an dem die Verbindlichkeit begründet wurde²⁾.

Bei Gesellschaftern, die aus der OHG ausgeschieden sind oder ausgeschlossen wurden, läuft die Verjährung erst von dem Tag ab, an dem das Ausscheiden oder der Ausschluß publiziert worden sind³⁾.

Im Art.46 C.com. ist eine Unterbrechung der Verjährung ausdrücklich vorgesehen. Obwohl als Unterbrechungsgrund hier nur eine poursuite judiciaire, also eine gerichtliche Verfolgung des Schuldners angeführt wird, ist man sich doch darüber einig, alle allgemein üblichen Arten der Verjährungsunterbrechung zuzulassen, also Zahlungsbefehl, Pfändung, stillschweigendes oder ausdrückliches Schuldanerkenntnis⁴⁾. Nach jeder Unterbrechung beginnt eine neue Frist von 5 Jahren zu laufen⁵⁾.

Wird die Verjährung hinsichtlich eines Gesellschafters unterbrochen, so gilt das wegen der solidarischen Haftung der offenen Handelsgesellschafter auch gegenüber dessen Mitgesellschaftern (Art.1206, 2249 C.civ.). Da jedoch die Verjährung des Art.46 C.com. nur für Ansprüche gegen einen

1) vgl. Hamel-Lagarde Nr.493; Escarra-Rault Nr.323.

2) vgl. obige Autoren, ferner Pic-Kréher Nr.665; Lacour-Bouteron I Nr.377; Arthuys II Nr.787; a.A. Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.441 bis; Houpin-Bosvieux I Nr.294. Hier wird als Ausgangspunkt der Tag der Beendigung der Liquidation festgelegt, was insofern ungünstig ist, als dieser Termin nicht publiziert zu werden braucht und daher Dritten nicht zur Kenntnis gebracht wird.

3) vgl. Escarra-Rault Nr.323; Pic-Kréher Nr.664; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.442; - C.A.Rouen, 19.6.1909, JS 1910,69.

4) vgl. Hamel-Lagarde Nr.493; Escarra-Rault Nr.323; Pic-Kréher Nr.666; - C.A.Bordeaux, 1.3.1889, S 1892.2.76.

5) Req.18.6.1912, S 1912.1.377.

Gesellschafter gilt, der als solcher und nicht als Liquidator verfolgt wird, kann geschlossen werden, daß die Verjährungsunterbrechung, die gegenüber dem Liquidator als solchem erfolgt, gegen die anderen Gesellschafter nicht wirksam ist¹⁾.

5. Haftung des zum Liquidator bestellten Gesellschafters

Gem. Art.46 C.com. verjähren alle Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter, die nicht Liquidatoren sind, nach 5 Jahren. Daraus wurde lange Zeit, besonders von der Rechtsprechung, der Umkehrschluß gezogen, daß die Ansprüche gegen den zum Liquidator bestellten Gesellschafter der normalen, also 30jährigen Verjährung unterliegen. Dabei wurde jedoch außer acht gelassen, daß der zum Liquidator bestellte Gesellschafter in doppelter Eigenschaft von den Gläubigern in Anspruch genommen werden kann. Er haftet einmal als Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und solidarisch. Dann haftet er als Liquidator, d.h. als Repräsentant der OHG, der deren zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Mittel in Besitz hat und für eine ordnungsgemäße und, soweit möglich, vollständige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verantwortlich ist²⁾.

In seiner Eigenschaft als Liquidator haftet der Gesellschafter ohne Zweifel nach gemeinem Recht, also 30 Jahre lang³⁾. Welcher Verjährungsfrist sind aber Ansprüche unterworfen, die gegen ihn als Gesellschafter gerichtet werden?

Der Kassationshof lehnte es anfänglich ab, eine Unterscheidung hinsichtlich der zwei erwähnten Eigenschaften des Liquidator-Gesellschafters zu treffen. Er betonte vielmehr, daß der Liquidator-Gesellschafter das Recht auf die Ein-

-
- 1) vgl. Escarra-Rault Nr.324; a.A.: Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.443 bis, die auch in diesem Fall die Unterbrechung der Verjährung als gegen die Mitgesellschafter wirksam betrachten.
 - 2) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492; Escarra-Rault Nr.322; Pic-Kréher Nr.662; Lyon-Caen-Renault II, 1 Nr.436; Lacour-Bouteron I Nr.370; Arthuys II Nr.783.
 - 3) vgl. obige Autoren, ferner Lyon-Caen, Anm. zu Civ.27.5. 1914, S.1914.1.425.

rede der kurzen Verjährung verliere, auch wenn er nur als Gesellschafter in Anspruch genommen werde. Er habe lediglich eine Eigenschaft, die des Liquidator-Gesellschafters, und könne keinesfalls die Einrede einer besonderen Verjährung erheben¹⁾.

Diese rigorose Lösung brachte eine Reihe von Nachteilen mit sich:

Der Liquidator-Gesellschafter konnte auch nach Ablauf von 5 Jahren in seiner Eigenschaft als Gesellschafter in Anspruch genommen werden und lief dabei Gefahr, die ganze Verbindlichkeit alleine begleichen zu müssen, falls etwa seine Mitgesellschafter zahlungsunfähig geworden waren.

Für die nicht mit der Liquidation betrauten Gesellschafter bedeutete umgekehrt diese Lösung, daß sie auf Grund des dem Liquidator-Gesellschafter zustehenden Rückgriffsrechts selbst nach Ablauf von 5 Jahren von ihrer Haftung noch nicht endgültig befreit waren, da sie jederzeit noch mit einem Rückgriff des Liquidator-Gesellschafters rechnen mußten. Die vom Gesetzgeber mit dem Art.46 C.com. bezweckte Erleichterung für die Gesellschafter hinsichtlich ihrer Haftung und die damit verbundene größere wirtschaftliche Dispositionsfreiheit wären damit eigentlich illusorisch geworden, und die Gesellschafter hätten besser daran getan, einen fremden Liquidator zu bestellen²⁾.

Mit seinem Urteil vom 27.5.1914³⁾ rückte der Kassationshof denn auch von seiner früheren Rechtsprechung ab und bekannte sich eindeutig zu der von der Mehrheit der Autoren vertretenen Auffassung, wonach die kurze Verjährung des

1) Civ.28.5.1872, D 1872.1.247; Req.27.1.1873, S 1873.1.433

2) vgl. die oben S.137 in Anm.2 u.3 zitierten Autoren

3) Civ.27.5.1914, S 1914.1.425; D 1921.1.121 (Hier wurden die Erben eines Gesellschafters 16 Jahre nach der Eröffnung des Liquidationsverfahrens von dem Nachlaßpfleger eines anderen verstorbenen Gesellschafters für eine Schuld der Ges. an den Nachlaß in Anspruch genommen und in der Berufungsinstanz lediglich wegen der Liquidator-Eigenschaft ihres Rechtsvorgängers zur Zahlung der Schuld verurteilt. Der Kassationshof hob das Urteil auf). vgl.auch C.A.Paris, 12.5.1939, JS 1940, 200; Trib.com.Seine 21.12.1901, JS 1902, 372 (In beiden Fällen konnte nachgewiesen werden, daß die Ger. als solche, nicht aber als Liquidatoren in Anspruch genommen worden waren).

Art.46 C.com. auch jedem Liquidator-Gesellschafter zugute kommt, wenn er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen wird.

Das gilt auch für den Fall, daß alle Gesellschafter bei der Liquidation mitwirken, sei es, daß keiner der Gesellschafter ausdrücklich als Liquidator bestellt wurde, sei es, daß die Gesellschafter beschlossen haben, die Liquidation gemeinsam durchzuführen¹⁾.

6. Die Verjährung nach gemeinem Recht

Die Ansprüche, die der Verjährung nach gemeinem Recht unterworfen sind, lassen sich einteilen in solche, die wegen der Persönlichkeit des Beklagten und solche, die wegen der Persönlichkeit des Klägers nicht unter die kurze Verjährung gemäß Art.46 C.com fallen²⁾.

Zur ersten Gruppe gehören alle Ansprüche, die von den Gesellschaftsgläubigern gegen den Liquidator geltend gemacht werden können.

Die Ansprüche, die wegen der Persönlichkeit des Klägers nicht unter die kurze Verjährung fallen, sind folgende:

- a) Ansprüche der Gesellschafter untereinander, z.B. der Rückgriffsanspruch eines Gesellschafters, der eine Schuld der OHG beglichen hat, gegen seine Mitgesellschafter³⁾.
- b) Ansprüche des Liquidators gegen die Gesellschafter für seine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Liquidation⁴⁾.
- c) Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, z.B. Haftungsansprüche gegen einen ehemaligen Geschäftsführer oder Anspruch auf vollständige Einzahlung des Geschäftsanteils.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.322, S.380 Anm.5; Pic-Kréher Nr.663; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.437; Arthuys II Nr.784; C.A.Paris, 12.5.1939, JS 1940, 200.

2) vgl. Escarra-Rault Nr.322.

3) Req.22.3.1905, S 1905.1.308; D 1906.1.206;

C.A.Rouen, 8.3.1871, S 1871.2.269;

C.A.Dijon, 29.3.1897, S 1900.2.305; D 1898.2.353; vgl. auch Hamel-Lagarde Nr.492; Escarra-Rault Nr.322; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.432 bis; Lacour-Bouteron I Nr.371.

4) vgl. Hamel-Lagarde Nr.492, Escarra-Rault Nr.322, Pic-Kréher Nr.659.

Wegen der allgemein gehaltenen Bestimmung des Art.46 C.com. könnten Zweifel darüber entstehen, ob hier nicht doch die kurze Verjährung zum Zuge kommt¹⁾.

Der Kassationshof sprach jedoch in einem Fall, in dem der Konkursverwalter einer KG von den Kommanditisten die vollständige Einzahlung ihres Geschäftsanteils verlangte, diesem grundsätzlich das Recht zu, diese Einzahlung während einer Zeit von 30 Jahren zu fordern²⁾.

Hinsichtlich der Ansprüche, die der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter wegen eines von diesem begangenen Delikts oder Quasidelikts zustehen, entschied der Kassationshof ebenfalls, daß diese der normalen Verjährung von 30 Jahren unterliegen³⁾.

Man kann also sagen, daß die Ansprüche der OHG, vertreten durch den Liquidator, gegen die Gesellschafter nach gemeinem Recht, d.h. nach 30 Jahren verjähren⁴⁾.

Wenn daher ein Gesellschaftsgläubiger gem. Art.1166 C.civ. mit der action oblique ein der Gesellschaft zustehendes Recht gegen einen Gesellschafter ausübt, so hat er die Möglichkeit, auf diese Weise den Gesellschafter z.B. zur vollständigen Einzahlung seines Geschäftsanteils zu zwingen, selbst wenn schon mehr als 5 Jahre seit der Veröffentlichung der Auflösung der OHG verfloßen sind.

Ist jedoch dieser Gesellschafter zahlungsunfähig, so kann der Gesellschaftsgläubiger mit der action oblique nicht gegen einen anderen Gesellschafter vorgehen, da in bezug auf die Einzahlung der Geschäftsanteile zwischen den Gesellschaftern keine Solidarität besteht⁵⁾.

1) vgl. Escarra-Rault Nr.322.

2) Req.24.1.1894, D 1894.1.519; S 1895.1.497.

3) Req.6.3.1893, D 1894.1.89; S 1895.1.483 (Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG für Schadensersatzansprüche wegen betrügerischer Manipulationen bei der Aktienemission); vgl. auch Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.432 ter.

4) vgl. Escarra-Rault Nr.323; Lyon-Caen-Renault II,1 Nr.432 ter; Lacour-Bouteron I Nr.371; Arthuys II Nr.780.

5) vgl. Escarra-Rault Nr.323; Wahl, Anm.zu Req.24.1.1894, S 1895.1.497 (499).

2. Abschnitt: Vergleich mit dem deutschen Recht

1. Haftung bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

Für die Haftung nach Auflösung der OHG gilt dasselbe wie im französischen Recht: Die Auflösung ist gem. § 143 I HGB von sämtlichen Gesellschaftern in das Handelsregister einzutragen. Die Nichteintragung ist auf die Auflösung selbst ohne Wirkung. Diese wird nicht erst durch die Eintragung wirksam¹⁾. Aber im Verhältnis zu Dritten kann die Auflösung nicht geltend gemacht werden. Für die persönliche Haftung der Gesellschafter bedeutet das besonders, daß sie die Einrede der kurzen Verjährung später nicht erheben können, da ohne Eintragung der Auflösung die kurze Verjährungsfrist gem. § 159 HGB nicht in Lauf gesetzt wird²⁾.

Durch den Beginn der Liquidation wird die Identität der OHG als solche nicht berührt. Sie bleibt als Gesamthandsgemeinschaft bestehen. Demzufolge ändert sich durch die Liquidation auch an der persönlichen Haftung der Gesellschafter nichts.

Die OHG wird aus einer Erwerbsgesellschaft zu einer Abwicklungsgesellschaft, bleibt aber Handelsgesellschaft³⁾. An die Stelle der geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter treten jetzt die Liquidatoren. Diese vertreten die Gesellschaft im Rechtsverkehr.

Hinsichtlich des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist zu prüfen, inwieweit sie in der Lage sind, die OHG und damit die Gesellschafter zu verpflichten. Der Aufgabenkreis der Liquidatoren wird im § 149 HGB umrissen. Ihre Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht finden ihre Beschränkung naturgemäß in dem Rahmen, den die Liquidation des jeweiligen Unternehmens setzt. Eine generelle Festlegung dessen, was noch in den Rahmen des Liquidationsverfahrens gehört oder nicht, ist daher kaum möglich. Das bedarf

1) vgl. dagegen das Erfordernis der Eintragung auch für die Rechtswirksamkeit der Auflösung nach französischem Recht, oben S.122.

2) vgl. dazu im einzelnen Schlegelberger-Geßler § 143 Anm. 10 ff.; Weipert § 143 Anm.18 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) vgl. Hueck S.312 ff.

vielmehr einer Entscheidung von Fall zu Fall¹⁾.

Für Dritte wird es vielfach schwierig sein, festzustellen, ob das jeweilige Geschäft, das sie mit dem Liquidator abschließen, noch in den Rahmen der Liquidation fällt oder nicht. Um aber die Prüfungspflicht des Dritten nicht ungebührlich auszudehnen, geht man zweckmäßigerweise davon aus, "daß ein Geschäft als Abwicklungsgeschäft gilt, wenn es ein solches sein kann und der Dritte nicht wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, daß es sich nicht um ein solches handelt. Nimmt der Abwickler namens der Gesellschaft ein Geschäft vor, so ist er im Zweifel als dazu legitimiert anzusehen"²⁾. Will die OHG das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen, so muß sie beweisen, daß der Dritte wußte oder aus den Umständen hätte erkennen müssen, daß das Geschäft nicht der Abwicklung des Unternehmens diene³⁾.

Dieses Ergebnis stimmt im wesentlichen mit dem des französischen Rechts überein, wenngleich die Fragestellung dort insofern einen anderen Akzent erhält, als man dem Dritten in all den Fällen, in denen er wußte, daß das Geschäft objektiv nicht zu den Liquidationsgeschäften gehörte, die Auflösung der OHG und damit den Untergang der juristischen Person entgegenhalten und ihn dann auf die persönliche Haftung der Gesellschafter-Liquidatoren allein verweisen kann.

Mit der Schlußverteilung ist die Liquidation im allgemeinen beendet. Die OHG als Gesamthandsgemeinschaft erlischt (§ 157 HGB)⁴⁾. Der Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation und des Erlöschens der OHG ist nach deutschem Recht für den Gesellschaftsgläubiger nicht so bedeutsam wie nach französischem Recht. Dort haben die Gläubiger, solange die OHG als Rechtspersönlichkeit noch besteht, den alleinigen Zugriff auf deren Vermögen. Dieses Zugriffsrecht auf das Gesellschaftsvermögen wird, da die OHG in erster Linie haftet, als so wesentlich angesehen, daß die Gesellschaft

1) vgl. Hueck S.323 ff.

2) Weipert § 149 Anm.37.

3) vgl. Weipert § 149 Anm.37; Schlegelberger-Geßler § 149 Anm.22.

4) vgl. Weipert § 157 Anm.3.

auch dann noch nicht beendet sein soll, falls sich nach vollzogener Schlußverteilung noch Gläubiger melden. Man will den Gesellschaftsgläubiger so lange wie möglich davor schützen, bei der Geltendmachung seiner Ansprüche mit den Privatgläubigern konkurrieren zu müssen, was immer dann der Fall sein kann, wenn der Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter persönlich in Anspruch nimmt.

Demgegenüber ist die Liquidation nach deutschem Recht nur ein Vorgang im Interesse der Gesellschafter. Dem Gläubigerschutz dient sie nicht¹⁾. Die Gesellschaftsgläubiger können sich während der Liquidation genau so an die Gesellschafter persönlich halten wie vor der Auflösung der OHG und nach deren Erlöschen. Daher kommt es auf den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation nicht an.

Die Bestimmung des § 149 S.1 HGB, wonach die Liquidatoren die Gesellschaftsgläubiger aus den Mitteln der Gesellschaft zu befriedigen haben, ist keine Gläubigerschutzbestimmung. Der § 149 HGB umreißt lediglich das Aufgabengebiet der Liquidatoren. Diese befriedigen die Gesellschaftsgläubiger, soweit das Vermögen der OHG ausreicht. Reicht dieses nicht aus oder ist es im Augenblick schwer zu versilbern, so können die Liquidatoren den Gläubiger, der auf Befriedigung drängt, jederzeit an die Gesellschafter direkt verweisen²⁾.

Da die Liquidation lediglich im Interesse der Gesellschafter allein durchgeführt wird, sind die Liquidatoren auch nur als deren Beauftragte, nicht aber als die der Gesellschaftsgläubiger anzusehen. Eine Haftung gegenüber letzteren besteht nicht, selbst dann nicht, wenn die OHG zahlungsunfähig geworden ist, da dann in dem folgenden Konkurs- oder Konkursabwendungsverfahren die Rechte der Gesellschaftsgläubiger durch die entsprechenden gesetzlichen Regelungen geschützt werden. Die Gesellschafter-Liquidatoren können daher stets für sich die kurze Verjährung gem. § 159 HGB in Anspruch nehmen³⁾.

1) vgl. Flechtheim § 149 Anm.13 ff.; Weipert § 149 Anm. 24 ff.; Hueck S.333.

2) vgl. obige Autoren

3) vgl. Flechtheim § 149 Anm.17 in fine; Vorbem. vor § 145 Anm.6a; Staub-Pinner § 149 Anm.39.

Dagegen muß, wie gezeigt wurde, im französischen Recht unterschieden werden, ob der Gesellschafter-Liquidator als Gesellschafter oder als Liquidator von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen wird. Als Gesellschafter steht ihm die Einrede der kurzen Verjährung zu. Als Liquidator haftet er innerhalb der Verjährungsfrist von 30 Jahren. Zwar ist auch im französischen Recht der Liquidator Beauftragter der Gesellschafter. Da er aber das Gesellschaftsvermögen, das ausschließlich der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dient, zu liquidieren hat, haftet er den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für eine ordnungsgemäße und soweit möglich vollständige Befriedigung ihrer Forderungen.

2. Haftung der Erben eines Gesellschafters

Hier wird von dem Fall ausgegangen, daß im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, die OHG nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortzusetzen. Dabei interessiert nur die Frage, wie sich die persönliche Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten der OHG gestaltet.

Aus dem Wortlaut des § 139 I HGB ist zu entnehmen, daß der Erbe durch den Tod des Erblassers ohne weiteres Gesellschafter wird. Eine besondere Aufnahme in die OHG ist nicht erforderlich. Der Erbe wird Gesellschafter einmal kraft Gesellschaftsvertrags, dann aber auch kraft Erbrechts¹⁾.

Um den Erben nicht vor die Alternative zu stellen, entweder persönlich haftender Gesellschafter zu werden oder aber die Erbschaft auszuschlagen, bietet ihm die Vorschrift des § 139 HGB eine Wahlmöglichkeit²⁾. Der Erbe kann als Gesellschafter in der OHG verbleiben. Er kann verlangen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird, und falls die übrigen Gesellschafter diesem Verlangen nicht nachkommen, kann er ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären.

1) vgl. Weipert § 139 Anm.15.

2) vgl. dazu im einzelnen Weipert § 139 Anm.31 ff.; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm.29 ff.; Hueck S.260 ff.

Infolge der Wahlmöglichkeit, die der Erbe gem. § 139 I, II HGB hat, wäre es unbillig, ihn nur deswegen, weil er kraft Erbfalls die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters erlangt hat, schon vom Tage des Erbfalls bzw. von dem Tage ab, da der Erbe Kenntnis davon erhält, voll haften zu lassen. § 139 IV HGB bestimmt daher, daß der Erbe für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zu dem Zeitpunkt seiner Entscheidung entstanden sind, nur nach Maßgabe der seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts haftet¹⁾.

Sind mehrere Erben vorhanden, so wird, wie auch im französischen Recht, jeder für sich Gesellschafter. Die Erbengemeinschaft als solche kann nicht Gesellschafterin der OHG werden²⁾.

Ein Vergleich der Regelung der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben in beiden Rechten zeigt, daß die Vorschrift des § 139 HGB den Interessen sowohl der Gesellschafter als auch der Erben gerechter wird als die entsprechenden französischen Regeln. In beiden Rechten wird der Erbe kraft Fortsetzungsvereinbarung mit Eintritt des Erbfalls Mitglied der OHG. Nach französischem Recht kann sich der Erbe von der Belastung, die die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters möglicherweise mit sich bringt, nur dadurch befreien, daß er die Erbschaft ausschlägt. Tut er das nicht, so hat er die Möglichkeit, seine Haftung für die vor Eintritt des Erbfalls entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken, bleibt aber auch in diesem Fall Mitglied der OHG. Damit nähert sich die OHG einer KG insofern, als einer der Gesellschafter für einen Teil der Gesellschaftsverbindlichkeiten nur beschränkt haftet. Diese Regelung ist aber verständlich, wenn man davon ausgeht, daß ein neu eintretender Gesellschafter die Möglichkeit hat, die Haftung für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten auszuschließen, wenn er dies vorschriftsmäßig publiziert. Die Haftung unter Beschränkung

1.) vgl. Weipert § 139 Anm.53; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm.27 und 55.

2.) vgl. im einzelnen Hueck S.265 f.

auf den Nachlaß ist dann nur eine analoge Anwendung dieses Falles. Gläubigerrechte werden dadurch nicht beeinträchtigt, da diesen ja der Zugriff auf den Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters erhalten bleibt und der Erbe für die später entstandenen Verbindlichkeiten der OHG selbst unbeschränkt haftet.

Will der Erbe schließlich auch noch von dieser Haftung befreit werden, dann kann er Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde verlangen, falls die Situation der OHG dies rechtfertigt. Nur so vermag er den Nachlaß des Erblassers oder seinen Anteil daran zu erhalten, während nach deutschem Recht der Erbe die Befugnis zum Ausscheiden hat. Das bedeutet, daß er ohne besondere Schwierigkeiten sein Auseinandersetzungsguthaben oder zumindest den Anspruch darauf erhalten kann, während andererseits die OHG nicht von einer Auflösungsklage bedroht ist.

Die Möglichkeit, Kommanditist zu werden, ist dem Erben nach französischem Recht von Gesetzes wegen nicht gegeben, kann aber vertraglich vorgesehen werden. Ist das nicht der Fall und würde auch eine Auflösungsklage nicht zum Ziele führen, so bleibt dem Erben, der nicht Mitglied der OHG werden will, nur die Ausschlagung der gesamten Erbschaft übrig.

3. Die Verjährung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter

Die Vorschrift des § 159 HGB über die kurze Verjährung entspricht der des Art.46 C.com. Hier wie dort dient die kurze Verjährung der zeitlichen Begrenzung der persönlichen Haftung eines Gesellschafters, der entweder aus der OHG ausgeschieden ist oder aber das Handelsgewerbe nach Auflösung der OHG aufgegeben hat. Die kurze Verjährung gilt in beiden Rechten auch für die Erben eines Gesellschafters, wenn sie als dessen Rechtsnachfolger in Anspruch genommen werden und die Gesellschaft ohne sie fortgesetzt oder aber aufgelöst worden ist¹⁾.

1) vgl. Weipert § 159 Anm.10.

Im Gegensatz zum französischen Recht, wo der Konkurs nicht als Auflösungsgrund im Sinne des Art.46 C.com. angesehen wird, gilt nach deutschem Recht die kurze Verjährung auch für den Fall des Gesellschaftskonkurses. Der Rechtsgrund der jeweiligen Auflösung ist unerheblich¹⁾.

Gegenstand der Verjährung sind die Ansprüche aus Verbindlichkeiten der OHG, die von Dritten gegen die Gesellschafter auf Grund deren persönlicher Haftung gem. §§ 128, 130 HGB geltend gemacht werden können. Durch eine rechtskräftige Verurteilung der OHG entsteht ebenfalls die persönliche Haftung der Gesellschafter, gleichgültig, ob vorher materiell eine Gesellschaftsverbindlichkeit bestand oder nicht. Auch für diese Judikatsschuld gilt die kurze Verjährung²⁾.

Nicht unter die kurze Verjährung fallen, wie auch im französischen Recht, Ansprüche der OHG gegen die Gesellschafter und Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander³⁾. Wird ein Anspruch gegen die OHG rechtskräftig auch gegen einen Gesellschafter festgestellt, so trifft hier der § 159 HGB ebenfalls nicht zu. Durch die Verurteilung ist ein selbstständiger Rechtsgrund geschaffen worden. Die Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre (§ 218 BGB). Da der Gesellschafter jetzt auch mit der Inanspruchnahme durch den Gläubiger rechnen mußte, fällt der Grund für die kurze Verjährung gem. § 159 HGB ohnehin weg⁴⁾.

Nach französischem Recht, wo ein gegen die Gesellschaft erwirktes Urteil auch gegen den einzelnen Gesellschafter vollstreckbar ist, soll der Gesellschafter auch in diesem Fall dem Gläubiger die Einrede der kurzen Verjährung entgegenhalten können.

Die kurze Verjährung beginnt gem. § 159 II HGB mit dem

-
- 1) vgl. Schlegelberger-Geßler § 159 Anm.6; Flechtheim § 159 Anm.6.
 - 2) vgl. Schlegelberger-Geßler § 159 Anm.3; Flechtheim § 159 Anm.2.
 - 3) vgl. im einzelnen Weipert § 159 Anm.2; Flechtheim § 159 Anm.2.
 - 4) vgl. Hueck S.345.

Ende des Tages, an dem die Auflösung der OHG oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen wird, nicht erst vom Tage der Bekanntmachung der Eintragung ab, wie nach französischem Recht. Für Ansprüche, die erst nach der Eintragung fällig werden, beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit (§ 159 III HGB), für solche, die erst nach der Eintragung entstehen, ist, wie auch im französischen Recht, der Zeitpunkt der Entstehung maßgeblich¹⁾.

Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung gilt nach französischem Recht wegen der bürgerähnlichen Stellung des Gesellschafters, daß die gegenüber der OHG herbeigeführte Unterbrechung auch gegen die Gesellschafter wirkt.

Nach deutschem Recht bestünde für die Zeit nach der Auflösung der OHG diese Möglichkeit eigentlich nicht, da die Einrede der kurzen Verjährung lediglich den Gesellschaftern als eine in ihrer Person begründete Einrede, nicht aber der OHG als solcher zusteht. Eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft wäre daher gegen die einzelnen Gesellschafter nicht wirksam. Durch die Sondervorschrift des § 160 HGB wird dies aber ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft auch gegenüber den Gesellschaftern, die der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben²⁾.

Im Ergebnis stimmt damit die deutsche Regelung der Unterbrechung der Verjährung mit der französischen überein.

1) vgl. Weipert § 159 Anm.28; Schlegelberger-Geßler § 159 Anm.10.

2) vgl. dazu im einzelnen Hueck S.346 f. und die Erläuterungen zu § 160 HGB bei Weipert und Schlegelberger-Geßler.

Lebenslauf

Am 27. August 1931 wurde ich, Jürgen Wilhelm Köster, als Sohn des Kaufmanns Otto Köster und seiner Ehefrau Johanna geb. Gori in Bremerhaven geboren.

Von Ostern 1938 bis Herbst 1942 besuchte ich die Volksschule in Degernau/Baden, von Herbst 1942 bis Herbst 1944 die Hauptschule in Tiengen/Oberrhein, sodann das neu-sprachliche Hochrheingymnasium in Waldshut/Baden. Die Reifeprüfung legte ich an dieser Schule im Juli 1951 ab. Danach absolvierte ich eine zweijährige kaufmännische Lehre in einem Industriebetrieb.

Vom WS 1953 bis WS 1956/57 studierte ich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. Volkswirtschaft und bestand im April 1957 die Diplomprüfung für Volkswirte.

Im Anschluß daran studierte ich an derselben Universität Rechtswissenschaft bis zum SS 1961.

Seit Anfang 1962 bin ich als Direktionsassistent in einem Industriebetrieb tätig.

